Die Sonderrechte des Verkäufers beim Handelskauf nach § 373 des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät
der Universität Leipzig

eingereicht von

Georg Alfred Stübel,
Referendar in Dresden.

Dresden,
Druck von C. Heinrich.
1905.

Frau Adele Osterloh

in Dankbarkeit und Verehrung zugeeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545805_0092

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 11

I. Teil.

Die Entstehung der Sonderrechte.

A.

Die zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte.

§ 2. 1. Der Handelskauf 13

§ 3. 2. Tausch und Werklieferungsvertrag 16

B.

Der Annahmeverzug.

§ 4. 1. Annahme, Abnahme, Empfangnahme 16

2. Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs 19

§ 5. a) Die Nichtannahme des Käufers 19

§ 6. b) Die Leistungsbereitschaft des Verkäufers 22

II. Teil.

Die Ausübung der Sonderrechte.

A.

§ 7. Gemeinsame Erfordernisse hinsichtlich des Gegenstandes 26

B.

Die Hinterlegungsbefugnis.

§ 8. 1. Geschichtliches 30

§ 9. 2. Umfang und Ort der Hinterlegung 32

C.

Die Befugnis zum Selbsthülfeverkauf.

§ 10. 1. Geschichtliches 35

2. Die Formvorschriften 36

§ 11. a) Die Androhung 36

b) Das Verfahren 41

§ 12. aa) Die öffentliche Versteigerung 41

§ 13. bb) Der freihändige Verkauf 45

Seite
§ 14. 3. Die Bedingungen des Selbsthülfeverkaufs 48
§ 15. 4. Der Ort des Selbsthülfeverkaufs 50
§ 16. 5. Die Zeit des Selbsthülfeverkaufs 52

III. Teil.

Die Wirkungen der Ausübung der Sonderrechte.

A.

Die Wirkungen der Hinterlegung.

§ 17. 1. Das Rechtsverhältnis des Verkäufers und des Käufers zum Verwahrer 54
§ 18. 2. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Käufer und dem Verkäufer 56
§ 19. 3. Die dinglichen Wirkungen der Hinterlegung 59

B.

§ 20. Die Wirkungen des Selbsthülfeverkaufs 61

Literaturverzeichnis und Abkürzungen.

a. H. G. B., Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861. Textausgabe von Emil Friedberg. Leipzig, Veit & Co., 1890.

A. L. R., Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 5. Februar 1794. Ausgabe mit Erläuterungen von Rehbein und Reincke, 5. verbesserte Auflage. Berlin, Müller, 1894.

Archiv für Strafrecht, begründet durch Dr. Goltdammer. Berlin, Decker.

B. G. B., Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 nebst dem Einführungsgesetze vom 18. August 1896. Textausgabe. München, Beck, 1896.

Bö. G., Börsengesetz vom 22. Juni 1896. Abdruck in der Sammlung: Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reiches. Herausgegeben von Emil Friedberg. 6. Auflage. Leipzig, Veit & Co., 1901.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, bearbeitet von A. Bolze. Leipzig, Brockhaus.

Conze, Der Kauf nach hanseatischen Rechtsquellen. Inaugural-Dissertation. Bonn, Georgi, 1889.

Corpus juris civilis, herausgegeben von Krüger, Mommsen und Schoell. Berlin, Weidmann, 1889—1895.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts von Konrad Cosack. 5. Auflage. Stuttgart, Enke, 1900.

Denkschrift, Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Abdruck in der Sammlung: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Auf Veranlassung des Kaiserlichen Reichs-Justizamts herausgegeben von Hahn und Mugdan. 6. Bd. Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin, Decker, 1897.

Depotgesetz, Gesetz, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, vom 5. Juli 1896. Ausgabe wie Bö. G.

D. J. Z., Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein und Staub. Berlin, Liebmann.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs erläutert von Düringer und Hachenburg. Mannheim, Bensheimer, 1904/05.

E. B. G. B., Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vom 18. August 1896. Ausgabe wie B. G. B.

E. H. G. B., Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Ausgabe wie Bö. G.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Dr. F. Endemann. 3. u. 4. völlig neu bearbeitete Auflage. Berlin, Heymann, 1898.

Entwurf, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig. Guttentag, 1888.

Frankenburger, Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich (mit Ausnahme des Seerechts) nebst dem Einführungsgesetze. Handausgabe mit Erläuterungen von Dr. Heinrich Frankenburger. 2. Auflage. München, Schweitzer, 1902.

Gareis, Das Deutsche Handelsrecht. Ein kurz gefaßtes Lehrbuch von Dr. Karl Gareis. 7. Auflage. Berlin, Guttentag, 1903.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts von Dr. L. Goldschmidt. 2. Auflage. I. Band 1874, II. Band (unvollständig) 1883. Stuttgart, Enke.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, in besonderer Beziehung auf das Preußische Recht, mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts. Begründet von Dr. J. A. Gruchot. Berlin, Vahlen.

G. V. B., Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen. Dresden, Meinhold & Söhne.

Hans. G. Z., Hanseatische Gerichtszeitung, herausgegeben von Brandis. Hamburg, Otto Meißner.

H. G. B., Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Ausgabe wie Bö. G.

J. G. O., Geschäftsordnung für die Königlich Sächsischen Justizbehörden. In Kraft seit dem 1. Januar 1903. Dresden, Heinrich, 1903.

J. W., Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Verschiedenen. Organ des Deutschen Anwaltsvereins. Berlin, W. Moeser.

Kohler, Annahme und Annahmeverzug. Eine civilistische Abhandlung von Josef Kohler, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 17. Jena, Mauke.

Kohler, Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, von Josef Kohler. Berlin, Heymann, 1900.

Lamprecht, Verzug bei dem Kauf. Eine Darstellung aus dem Handelsrecht von Dr. Herm. Lamprecht, im Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts, herausgegeben von Busch. Neue Folge, 1. Bd. Leipzig, Arnoldi.

Lehmann, Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme" (Empfangnahme) nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Handelsgesetzbuche, von Prof. Dr. Karl Lehmann, in D. J. Z. 1902.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Erläutert von K. Lehmann und W. Ring. Berlin, Heymann, 1901.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, herausgegeben von H. Makower, neu bearbeitet von F. Makower. 12. (der neuen Bearbeitung 1.) Auflage. Berlin, Guttentag, 1904.

Müller, Die Hinterlegung zur Schuldbefreiung nach dem B. G. B. von Dr. Paul Müller, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 41. Jena, Fischer, 1900.

Motive, Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig, Guttentag, 1888.

O. A. G. D., Annalen des Königl. Sächs. Oberappellationsgerichts zu Dresden. Herausgegeben von Verschiedenen. Leipzig, Roßberg.

Oertmann, Der Kauf „mit Spezifikation" von Dr. Paul Oertmann, im Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben von Franklin, Mandry, Rümelin, Wendt, Bülow und v. Kohlhaas. Neue Folge, Bd. 35. Mohr, Freiburg i. B. und Leipzig, 1896.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert von Planck, in Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Ritgen und Unzner. 1. und 2. Auflage. Berlin, Guttentag, 1900.

Prot., Protokolle der Commission zur Beratung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs. Nürnberg, 1858.

Puchelt-Förtsch, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Puchelt. 4. Auflage, bearbeitet von R. Förtsch. Leipzig, Roßberg, 1894.

Recht, Das, Rundschau für den gesamten Juristenstand. Herausgegeben von Soergel. Hannover, Helwing.

Rechtspr. d. O. L. G., Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Leipzig, Veit & Co.

R. G., Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes. Leipzig, Veit & Co.

R. G. O., Gewerbeordnung für das Deutsche Reich in der Fassung vom 26. Juli 1900. Textausgabe. München, Beck, 1901.

R. O. H. G., Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofs. Erlangen, Enke.

Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers. Voraussetzungen und Wirkungen nach dem B. G. B. unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts, von Dr. Leo Rosenberg, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 43. Jena, Fischer, 1901.

Sächs. Archiv, Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Proceß. Herausgegeben von Hoffmann, v. Sommerlatt und Wulfert. Leipzig, Roßberg.

S. B. G. B., Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863. Textausgabe von Siebenhaar. 4. Auflage. Leipzig, Roßberg, 1879.

Seuffert, J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München und Berlin, Oldenbourg.

Sohm, Der Selbsthilfeverkauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Handelsgesetzbuche, von Dr. Martin Sohm, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgegeben von Keißner und Lehmann, Bd. 53. Stuttgart, Enke, 1903.

S. O. R., Schweizerisches Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881. Ausgabe von Schneider und Fick. Zürich, Schultheß, 1891.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch von Herrmann Staub. 6. und 7. Auflage. Berlin, J. J. Heine, 1900.

Str. R. G., Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes. Leipzig, Veit & Co.

Wengler, Archiv für civilrechtliche Entscheidungen, ergangen in vor den Sächsischen Justizbehörden anhängigen Rechtssachen, begründet von Friedrich Albert Wengler, fortgesetzt von Dr. Bernhard Francke.

Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für Praktiker von Dr. Richard Weyl. München, Beck, 1898.

Zimmern, In wie fern wird eine Forderung durch des Gläubigers Verzug getilgt? Von Dr. S. Zimmern, im Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermaier und Schweitzer, Bd. 3. Heidelberg, Mohr, 1823.

§ 1.

Einleitung.

Der § 373 des H. G. B. eröffnet eine Reihe von Bestimmungen, die unter der Überschrift „Handelskauf" vereinigt sind. Da der Kauf zweifellos die wichtigste und gebräuchlichste Verkehrsform des Handels ist — entlehnt doch der Kaufmann davon seinen Namen — so sollte man erwarten, daß in dem genannten Abschnitt eine ausführliche Darstellung dieses Rechtsgeschäfts gegeben würde. Statt dessen finden wir nur einige unzusammenhängende Vorschriften, einen Torso, zu dessen Ergänzung wir mehr denn je im H. G. B. auf das B. G. B. angewiesen sind.[1]) Aber auch hier fehlt eine eigentliche Begriffsbestimmung des Kaufvertrags; § 433 regelt nur die Pflichten des Käufers und des Verkäufers:

> „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer eines Rechtes ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben.
>
> Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen."

Der Kauf stellt sich mithin als ein gegenseitiger Vertrag dar, bei dem jeder Vertragsteil ebensowohl Gläubiger als Schuldner ist: wozu der eine sich verpflichtet hat, das kann der andere als sein Recht in Anspruch nehmen.

Sonach ist der Käufer berechtigt, von dem Käufer zu verlangen, daß dieser ihm den Kaufgegenstand übergibt und das Eigentum daran verschafft Für den Fall nun, daß der Käufer die Ausübung dieser beiden Rechte unterläßt, obwohl der Verkäufer zur Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten bereit ist, ist die Rechtsordnung seit alters darauf bedacht gewesen, den Verkäufer auch ohne Mitwirkung des Käufers aus den Fesseln des

[1]) E. H. G. B. Art. 2.

Schuldverhältnisses zu befreien. Da man niemanden zwingen kann, von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch zu machen, so galt es, dem Verkäufer Mittel an die Hand zu geben, sich des Kaufgegenstandes auf irgend eine Weise zu entledigen. Das älteste und einfachste Mittel dieser Art war die Preisgabe, aber schon die Römer erklärten die Anwendung dieser harten und unwirtschaftlichen Maßnahme für nicht anständig.[1]) Wie die Rechtsentwickelung allmählich die Befugnisse zur Hinterlegung und zum Selbsthülfeverkauf ausgestaltet hat, das wird später bei der Besprechung dieser beiden Rechtsbehelfe zur Sprache kommen. Fürs erste genügt es, hervorzuheben, daß sowohl das B. G. B. als das H. G. B. den Verkäufer mit Rechten ausstattet, für den Fall, daß der Käufer in Annahmeverzug gerät. Der handelsrechtliche Verkäufer hat die Wahl zwischen den bürgerlich rechtlichen Befugnissen[2]) und den in vieler Beziehung weitergehenden Rechten des § 373 H. G. B. Auf die Darstellung dieser letzteren wird sich die vorliegende Abhandlung beschränken und das bürgerliche Recht nur insoweit in den Rahmen der Betrachtung ziehen, als dies zum Verständnis einzelner Begriffe erforderlich ist.

---

[1]) Fr. 1 § 3 D. 18. 6.
[2]) H. B. G. § 374.

I. Teil.

Die Entstehung der Sonderrechte.

A.

Die zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte.

§ 2.

1. Der Handelskauf.

Damit der Verkäufer die Sonderrechte aus § 373 H. G. B. geltend machen kann, muß regelmäßig ein Handelskauf zugrunde liegen. Darunter versteht man im allgemeinen einen Kaufvertrag, der auf seiten eines oder beider Teile ein Handelsgeschäft ist.[1])

Als Handelsgeschäft wird ein Geschäft dann bezeichnet, wenn es ein Kaufmann, sei er nun Voll- oder Minderkaufmann,[2]) als solcher abschließt.[3]) Dabei ist es für das Vorliegen eines Handelskaufs ohne Bedeutung, welcher von beiden Vertragsteilen die Kaufmannseigenschaft besitzt. Es kann daher z. B. auch ein Landwirt als Verkäufer auftreten, nur muß in diesem Falle der Käufer Kaufmann sein.

Die Rechtsnormen der §§ 373—382 H. G. B. finden indes nicht auf den Handelskauf im allgemeinen Anwendung, sondern nur dann, wenn dieser gerichtet ist auf den Umsatz von Waren oder Wertpapieren[4]) gegen Geld. Der Kauf eines Grundstücks oder eines Rechts kann zwar ein Handelsgeschäft sein, jedoch niemals den Vorschriften der §§ 373 ff. H. G. B. unterliegen.

„Ware" im Sinne des H. G. B. ist lediglich ein anderer Ausdruck für „bewegliche Sache".[5]) Daraus folgt zugleich, daß

---

[1]) H. G. B. § 345.
[2]) H. G. B. § 4 i. Vbdg. m. § 351.
[3]) H. G. B. § 343.
[4]) H. G. B. § 381, Abs. 1.
[5]) H. G. B. § 1 Nr. 1.

unter Waren nur körperliche Gegenstände zu verstehen sind.[1]) Der Begriff ist damit m. E. völlig erschöpfend erklärt. Der Zusatz, den die bisherige Wissenschaft und Rechtsprechung gewöhnlich gemacht hat, nämlich, daß Waren alle beweglichen Sachen sind, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können,[2]) erscheint überflüssig, denn bei der heutigen Ausdehnung des Handelsverkehrs dürfte es schwer halten, eine bewegliche Sache zu finden, die nicht an sich zum handelsmäßigen Umsatz geeignet wäre, ja, die nicht tatsächlich schon Gegenstand des Handelsverkehrs gewesen ist.

Als Waren sind zweifellos auch Tiere, insbesondere Vieh und Haustiere anzusehen; ferner kann Geld Ware sein, z. B. ausländische Münzsorten, Goldstücke, die der Goldschmied zur Verarbeitung aufkauft, ebenso erst loszutrennende Bestandteile des Grund und Bodens, z. B. Getreide auf dem Halm, Holz am Stamm.[3])

Keine Sache im Sinne des B. G. B. und daher auch keine Ware ist die Elektrizität.[4]) Aus der unleugbaren Tatsache, daß die Elektrizität im heutigen Verkehrsleben eine große Rolle spielt, folgt noch nicht, daß sie als ein körperlicher Gegenstand angesehen werden muß.[5]) Die Wissenschaft definiert sie vielmehr als einen Zustand, der vermutlich in den durch Maschinen und andere Einwirkungen erzeugten Schwingungen kleinster Teile (Moleküle) der Körper besteht und der nur in seinem Effekt, in der Kraft, die er erzeugt, wahrgenommen werden kann.[6]) Verträge über Lieferung elektrischer Arbeit von so und so viel Amperen oder über Lieferung elektromotorischer Kraft von so und so viel Volt sind danach keine Warenumsatzgeschäfte, sondern Arbeitsverträge.[7])

Es mag noch erwähnt werden, daß die Ware nicht neu zu sein braucht. Viele bewegliche Sachen werden in gebrauchtem Zustand zum Gegenstand von Handelsgeschäften gemacht, es sei nur an antiquarische Bücher, alte Maschinen, Dampfkessel erinnert.[8])

---

[1]) B. G. B. § 90.
[2]) Vgl. Denkschrift S. 10.
[3]) Staub I. S. 49, Anm. 36.
[4]) Vgl. Weyl I. S. 180.
[5]) Irrig O. L. G. München i. Archiv f. Strafrecht, Bd. 43, S. 58.
[6]) R. G. Bd. 17, S. 270, Str. R. G. Bd. 29, S. 112.
[7]) Gareis, S. 336, dagegen R. G. Bd. 17, S. 273.
[8]) Wengler, Neue Folge, Bd. 7, S. 331; Bd. 10, S. 2. (O. L. G. Dresden.)

Der Begriff der Wertpapiere ist gleichfalls kein geschlossener. Die Denkschrift erläutert ihn folgendermaßen:

„Es kann nirgends zweifelhaft sein, daß es sich um Papiere handelt, die ihrer Natur nach, insbesondere mit Rücksicht auf ihre erleichterte Übertragbarkeit als Gegenstände des Handelsverkehrs in Betracht kommen.“ [1])

Und späterhin:

„Es handelt sich . . . nur um Papiere, die als solche den Gegenstand des Kaufes bilden, bei denen also der Erwerb des Rechtes aus dem Papiere den sachenrechtlichen Grundsätzen über den Erwerb des Rechtes an dem Papiere folgt.“ [2])

Wir haben also unter Wertpapieren solche Urkunden zu verstehen, in welchen ein Recht derart verkörpert ist, daß die Übertragung des Papiers die Übertragung des Rechtes unmittelbar zur Folge hat. [3])

Wertpapiere im Sinne des H. G. B. sind z. B.: Staatsschuldverschreibungen, Banknoten, Aktien — sogar vinkulierte Namenaktien [4]) —, ferner alle indossabeln Papiere, als Wechsel, Schecks, Konossemente, Ladescheine, Lagerscheine, Bodmereibriefe, Transportversicherungspolizen.

Dagegen gelten die bloßen Beweispapiere, wie Eintrittskarten, Bier- und Speisemarken, Pfandscheine, Sparkassenbücher, nicht als Wertpapiere im Sinne des H. G. B., es sei denn, daß der Aussteller dem jedesmaligen Inhaber zur Leistung verpflichtet sein will. [5])

Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe können um deswillen nicht Wertpapiere sein, weil zur Übertragung des verbrieften Rechtes die Übergabe des Briefes allein nicht genügt, sondern außerdem eine schriftliche Übertragungserklärung erforderlich ist. [6])

Ob der Kauf ein Gattungs- oder Spezieskauf, Platzkauf oder Distanzkauf ist, das ist unbeachtlich. [7]) Ein Handelskauf liegt

---

[1]) Denkschrift S. 10.
[2]) Denkschrift S. 227.
[3]) Düringer-Hachenburg, III. S. 2.
[4]) R. G. Bd. 16, S. 84; Bd. 36, S. 39.
[5]) B. G. B. § 807, vgl. Staub I. S. 49 f., Anm. 38.
[6]) B. G. B. §§ 1154, 1192.
[7]) Lehmann-Ring II. S. 98, Anm. 2.

schließlich auch dann vor, wenn der Verkäufer Waren oder Wertpapiere verkauft, die er sich erst nachträglich anschafft (sogenannter Lieferungsvertrag).

§ 3.

2. Tausch und Werklieferungsvertrag.

Der Handelskauf ist indes nicht das einzige Grundgeschäft für die Rechte aus § 373 H. G. B. Zunächst kommt noch der Tausch in Frage, auf den nach B. G. B. die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung finden.[1]) Beim Tausch ist jeder der Vertragschließenden in Ansehung der von ihm versprochenen Leistung gleich einem Verkäufer und in Ansehung der ihm zugesicherten Leistung gleich einem Käufer zu beurteilen.[2]) Jeder von beiden Vertragsteilen kann daher in Annahmeverzug geraten. Damit der nicht säumige Vertragsteil die Rechte aus § 373 H. G. B. für sich in Anspruch nehmen kann, ist natürlich erforderlich, daß der Tausch mindestens ein einseitiges Handelsgeschäft ist, und daß auf beiden Seiten Waren oder Wertpapiere getauscht werden.[3])

Auch der Werklieferungsvertrag[4]) — mag nun der Unternehmer eine vertretbare oder nicht vertretbare Sache herzustellen haben[5]) — unterliegt, wenn er ein Handelsgeschäft ist, den Vorschriften des H. G. B. über den Handelskauf. Die Stelle des Verkäufers nimmt in diesem Falle der Unternehmer ein.[6])

Dagegen greifen beim eigentlichen Werkvertrag[7]) die Bestimmungen des B. G. B. Platz.[8])

B.

Der Annahmeverzug.

§ 4.

1. Annahme, Abnahme, Empfangnahme.

Der Handelskauf und die ihm ausdrücklich gleichgestellten Verträge bilden die Grundlage, auf der die Sonderrechte des

[1]) B. G. B. § 515.
[2]) Entwurf, § 502. Motive II. S. 367.
[3]) Staub II. S. 1244, Fußnote 2.
[4]) B. G. B. § 651.
[5]) H. G. B. § 381, Abs. 2, vgl. B. G. B. § 651, Abs. 2.
[6]) H. G. B. § 381, Abs. 2.
[7]) B. G. B. § 631.
[8]) Denkschrift S. 228.

§ 373 H. G. B. überhaupt zur Entstehung gelangen können. Um diese Rechte indes auszulösen, muß noch ein weiteres Moment hinzukommen: der Annahmeverzug des Käufers.

Der Käufer ist als Gläubiger berechtigt, von dem Verkäufer als seinem Schuldner eine Leistung, d. i. die Übergabe und Eigentumsverschaffung der Kaufsache zu fordern.[1]) Die Ausübung dieses Rechts bezeichnen B. G. B. und H. G. B. übereinstimmend als Annahme. „Annahme" im technischen Sinne ist demnach Annahme der vertragsmäßig geschuldeten Leistung als Erfüllung.[2])

Der Käufer braucht dabei nicht ausdrücklich zu erklären, daß der Verkäufer seiner Vertragspflicht nachgekommen sei; „es genügt, wenn dies unter Berücksichtigung der Auffassung des Verkehrs aus den Umständen zu entnehmen ist".[3])

Annahme ist indes nicht gleichbedeutend mit Genehmigung, denn der Käufer begibt sich dadurch noch nicht seiner Rechte wegen Unvollständigkeit und Mangelhaftigkeit der Kaufsache, sondern wird nur für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags beweispflichtig.[4])

Nicht zu verwechseln mit dem Annahmerecht des Käufers ist seine Pflicht, die gekaufte Sache abzunehmen.[5]) Mit dem Ausdruck „Abnahme" verbindet die Deutsche Civilgesetzgebung keinen einheitlichen Begriff; hier ist darunter zu verstehen „die rein körperliche Hinwegnahme der Kaufsache — deren auferre —, um die tatsächliche Verfügungsgewalt zu erhalten und den Verkäufer von der Kaufsache zu entlasten".[6])

Die Abnahme ist als eine „Leistung" im Sinne des B. G. B. anzusehen, der Käufer erscheint also in dieser Hinsicht als Schuldner des Verkäufers, der seinerseits auf Abnahme klagen kann. Die gegenteilige Ansicht Kohlers, wonach die Abnahme gleich der Annahme ein Recht des Käufers darstellen soll,[7]) setzt sich nicht

---

[1]) B. G. B. § 241.

[2]) Vgl. Planck II. S. 142, § 363, Anm. 1; Düringer-Hachenburg III. S. 211, Anm. 2a; Rosenberg, S. 254.

[3]) Planck II. S. 143, § 363, Anm. 1.

[4]) B. G. B. § 363.

[5]) B. G. B. § 433, Abs. 2.

[6]) R. G. Bd. 53, S. 162; vgl. Lehmann i. D. J. Z. 1902, S. 493 und außer der daselbst angeführten Literatur noch Düringer-Hachenburg III. S. 211, Anm. 2a; Rosenberg, S. 247, 256.

[7]) Kohler, 12 Studien, I. S. 134 ff.

nur in Widerspruch mit der aus den Vorarbeiten zum B. G. B. klar hervorgehenden Auffassung des Gesetzgebers,[1]) sondern beruht offensichtlich auf einer Verquickung der Begriffe Annahme und Abnahme.

Unrichtig ist es andererseits aber auch, wenn Staub[2]) von einer Annahmepflicht redet: zur Annahme kann der Käufer in der Regel nicht gezwungen werden, sondern nur zur Abnahme; auf diese kann er nicht einmal verzichten.

Ebensowenig darf aus der Tatsache, daß Annahme und Abnahme zusammenfallen können, die Wesensgleichheit der beiden Begriffe gefolgert werden.[3]) Denn es gibt sowohl Fälle, bei denen Abnahme ohne Annahme, wie solche, bei denen Annahme ohne Abnahme vorliegt. Hat z. B. der Verkäufer dem Käufer eine Kiste übersandt, in der sich die Ware befindet, so ist diese in dem Augenblick abgenommen, wo die Kiste beim Käufer eingestellt wird. Die Ware ist zwar in den Besitz des Käufers übergegangen, indes genügt diese Tatsache nicht, um darin ohne weiteres die Annahme der Ware als Erfüllung zu erblicken. Andererseits liegt Annahme ohne Abnahme seitens des Käufers z. B. dann vor, wenn dieser die Ware vor Empfang an einen Dritten weiterverkauft hat, an den nunmehr der Verkäufer unmittelbar liefert.

Aus den beiden gegebenen Beispielen erhellt, daß das wesentliche Moment der Abnahme, die tatsächliche Wegnahme aus dem Gewahrsam des Verkäufers, also der Erwerb des unmittelbaren Besitzes seitens des Käufers, für den Begriff der Annahme weder ausreichend noch erforderlich ist.[4])

In dem Art. 343 a. H. G. B., der dem § 373 H. G. B. entspricht, war von dem Verzuge des Käufers mit der „Empfangnahme" die Rede. Unter Empfangnahme verstand man im Anschluß an die Vorarbeiten zum a. H. G. B.[5]) den „Akt der dem Käufer obliegenden Hinwegnahme"[6]) oder genauer den „Akt, der die abgelieferte Ware vom Verkäufer entgegennimmt, den Verkäufer von

---

[1]) Vgl. Motive II. S. 318.
[2]) Staub II. S. 1258, Anm. 1.
[3]) So Staub II. S. 1312, Anm. 2.
[4]) Rosenberg, S. 258.
[5]) Prot. S. 5077.
[6]) R. O. H. G. Bd. 7, S. 359; vgl. auch Lamprecht, S. 48.

der Verpflichtung zur Aufbewahrung befreit und den Käufer nach Art. 348 a. H. G. B. zur Sorge um die einstweilige Aufbewahrung verpflichtet".[1]) Die Empfangnahme des Art. 343 a. H. G. B. bedeutete also im Grunde dasselbe wie die Abnahme des § 433 Abs. 2 B. G. B. Daher sind auch die Entscheidungen aus der Zeit der Herrschaft des a. H. G. B. für das neue Recht nicht mehr verwertbar. Allerdings finden sich in der Wissenschaft und Rechtsprechung mehrfach Auslegungen des Begriffs Empfangnahme, wonach diese der heutigen Annahme gleichkommt.[2]) Um die aus diesem Zwiespalt der Ansichten entstehende Unklarheit endgültig zu beseitigen, ist im H. G. B. der durch das B. G. B. dem Sinne nach festgelegte Begriff der Annahme an die Stelle der Empfangnahme gesetzt worden.

2. Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs.

§ 5.

a) Die Nichtannahme des Käufers.

Wenn das Gesetz den Käufer auch nicht zur Annahme verpflichtet, so berücksichtigt es doch das Interesse des Verkäufers an der Befreiung von dem Schuldverhältnis. Der Käufer, der die ihm angebotene Leistung nicht annimmt, gerät in Verzug.

Der Annahmeverzug des Käufers ist Verzug bei Rechtsausübung.[3]) Es finden daher auf ihn die für die Schuldverhältnisse im allgemeinen getroffenen Bestimmungen des B. G. B. über den Verzug des Gläubigers[4]) Anwendung.

Zum Zustandekommen des Annahmeverzugs genügt „die nackte Tatsache der Nichtannahme der angebotenen Leistung seitens des Gläubigers".[5]) Aus welchem Grunde der Gläubiger nicht annimmt, ist unerheblich. Damit entscheidet B. G. B. eine Streitfrage des gemeinen Rechts, nämlich ob zum Annahmeverzug ein Verschulden des Gläubigers gehört oder nicht, zu Gunsten der letzteren, namentlich von Kohler[6]) verfochtenen Ansicht. In diesem

[1]) R. G. Bd. 43, S. 46.

[2]) Vgl. Puchelt-Förtsch, II. S. 944, Anm. 1. R. O. H. G. Bd. 21, S. 259; R. G. Bd. 3, S. 89; Bd. 30, S. 117.

[3]) Makower I, S. 1072, Anm. B, IV.

[4]) B. G. B. § 293 ff.

[5]) Motive II, S. 69.

[6]) Kohler i. Iherings Jahrb. Bd. 17, S. 261 ff.

Punkte unterscheidet sich der Gläubigerverzug vom Schuldnerverzug, der als Pflichtverletzung ein Verschulden erfordert.[1]) Nur bei ungewisser Leistungszeit gilt vorübergehende Annahmeverhinderung des Gläubigers nicht als Nichtannahme, es sei denn, daß der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat.[2])

Die Nichtannahme der angebotenen Erfüllung umfaßt indes nicht alle Fälle des Gläubigerverzugs. Dieser kann vielmehr auch eintreten, wenn der Gläubiger es unterläßt, zur Bewirkung der Leistung mitzuwirken, d. h., wenn er „darin säumig ist, die Bedingungen zu setzen, die erfüllt sein müssen, damit die Leistung in obligationsgemäßer Weise erfolgen kann.“ [3])

Ohne solche vorbereitende Tätigkeit des Gläubigers würde die Erfüllung des Schuldners entweder unmöglich sein, oder, wennschon möglich, so doch über die von ihm übernommenen Verpflichtungen hinausgehen und ihm deshalb nicht angesonnen werden können, z. B. wenn Zug um Zug zu leisten und der Gläubiger mit der Gegenleistung säumig ist. Hier schützt ihn selbst seine Bereitwilligkeit, die schuldnerische Leistung anzunehmen, nicht vor den Folgen des Verzugs. [4]) Häufig sind auch die Fälle, wo der Schuldner ohne vorhergehende Tätigkeit des Gläubigers überhaupt nicht erfüllen kann, so, wenn dieser es unterläßt, in der durch Vertrag vorgesehenen oder handelsüblichen Weise bei der Ausscheidung der Ware mitzuwirken, ein Wahlrecht auszuüben oder die zur Abnahme der Ware erforderlichen Behältnisse und Geräte zu stellen.

Selbstverständlich muß der Gläubiger objektiv in der Lage sein, sich über Annahme oder Nichtannahme zu erklären. Dazu gehört, daß er in den Stand gesetzt wird, die Leistung des Schuldners auf ihre Vertragsmäßigkeit zu prüfen. Sind z. B. 76 000 kg Lagereisen, die beim Verkäufer abzunehmen sind, von diesem bereits vorher auf Waggons verladen worden, so ergibt sich von selbst, daß ein derartiges Quantum nicht mehr eingehend geprüft werden kann und die Abnahme daher unausführbar ist. In diesem Falle hat der Verkäufer die Ware nicht ordnungsgemäß

---

[1]) B. G. B. § 285.
[2]) B. G. B. § 299.
[3]) Kohler, 12 Studien I. S. 143.
[4]) B. G. B. § 298.

angedient, sofern nicht etwa verabredet war, daß die Ware erst nach Verladung auf Wagen abgenommen werden sollte. Daher gerät der Käufer auch nicht in Annahmeverzug, wenn er sich weigert, die Ware als Erfüllung zu betrachten.[1])

Eigenartig liegen die Verhältnisse beim sogenannten Spezifikationskauf des § 375 H. G. B. Bei dieser Art des Handelskaufs einigen sich die Parteien lediglich über einen Grundstoff und einen Grundpreis, während es dem Käufer überlassen bleibt, an der Hand einer Überpreisskala die Sorte, Maße, Farbe, Formgebung der Ware zu bestimmen. Der wirtschaftliche Charakter eines solchen Kaufs liegt für den Besteller darin, sich schon jetzt den demnächstigen Bezug der einem noch nicht übersehbaren Bedürfnis entsprechenden Waren — zu schon jetzt fest bestimmten Preisen — sichern zu können.[2]) Die Spezifikationsklausel findet sich in der Regel bei Gattungskäufen; hervorgegangen aus den Verhältnissen in der Eisenindustrie, kommt sie außerdem hauptsächlich im Holzhandel, in der Papierbranche, der Textil- und chemischen Industrie vor.

Bei der Spezifikation handelt es sich, anders als bei dem Wahlrecht des § 264, Abs. 2 B. G. B., nicht nur um ein Recht, sondern auch um eine (durch Klage erzwingbare) Pflicht des Käufers, und zwar ist diese Pflicht nichts anderes als eine besonders geartete Pflicht zur Abnahme.[3]) Der Käufer gerät also zunächst in Schuldnerverzug, wenn er die Spezifikation unterläßt. Infolge dieses Verzuges geht die Befugnis zur Spezifikation kraft Gesetzes auf den Verkäufer über.[4]) Nimmt nunmehr, nach erfolgter Verkäuferspezifikation, der Käufer die Ware nicht an, dann erst liegt auf seiner Seite Verzug mit der Annahme der Ware, also Gläubigerverzug, vor.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß nach heutigem Recht der Spezifikationsverzug an sich noch kein Annahmeverzug ist und daß es daher keine „zivilistische Unrichtigkeit" oder „Trübung"[5]) ist, von einer Verpflichtung des Käufers zur Spezifikation zu reden.

---

[1]) Hans. G. Z. 1902, Hauptblatt S. 248 (O. L. G. Hamburg 25. 6. 1902) 1903, S. 119 (Reichsgericht 27. 2. 1903).

[2]) Oertmann, S. 205; vgl. R. G. Bd. 30, S. 98.

[3]) Düringer-Hachenburg III. S. 233.

[4]) H. G. B. § 375, Abs. 2.

[5]) Kohler, 12 Studien, I. S. 148.

§ 6.

b) Die Leistungsbereitschaft des Verkäufers.

Damit der Schuldner den Gläubiger in Verzug setzen kann, wird erfordert, daß er selbst leistungsbereit ist,[1]) d. h. er muß seinerseits alles getan haben, wozu er nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses verpflichtet ist. Was insbesondere den Kauf anbelangt, so haben schon die Quellen die Leistungsbereitschaft des Verkäufers als wesentliches Erfordernis für den Eintritt des Verzugs des Käufers bezeichnet:

> mora (scil. emtoris) videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere.[2])

„Das Prinzip ist" — sagen die Motive —, „der Schuldner hat diejenige Tätigkeit zu entwickeln, welche das besondere Schuldverhältnis ihm vorschreibt und welche, wenn der Gläubiger den aus der konkreten Obligation für das von seiner Seite zu beobachtende Verhalten sich ergebenden Voraussetzungen entspricht, zur Erfüllung der Obligation führt. Diese ihm obliegende Tätigkeit hat der Schuldner bis zu dem Punkte fortzuführen, an welchem ihm eine Fortführung und eine Erreichung des Zieles dadurch unmöglich wird, daß der Gläubiger jene Voraussetzungen nicht erfüllt. Aus diesem Grunde kann dem Schuldner die fernere Tätigkeit früher oder später abgeschnitten sein, ja es kann nach der konkreten Obligation ein solches, den obligationsmäßigen Voraussetzungen widersprechendes Verhalten des Gläubigers schon vor dem Beginne der vom Schuldner zu entwickelnden Tätigkeit liegen und diesen Beginn ausschließen."[3])

Es hängt also in jedem einzelnen Falle von dem Inhalt des Schuldverhältnisses ab, was unter Leistungsbereitschaft des Schuldners zu verstehen ist.

In allen Fällen, wo der Gläubiger nur durch Annahme oder Abholen, also durch bloßes Zugreifen, zur Lösung des Schuldverhältnisses beizutragen braucht, muß der Schuldner imstande sein, die Leistung auf der Stelle zu bewirken. Man spricht alsdann von tatsächlicher Leistungsbereitschaft. Bei einer Bringschuld muß der Schuldner die volle Leistung zur rechten Zeit dem

[1]) B. G. B. § 297.
[2]) Fr. 3 § 4 D. 19. 1.
[3]) Motive II. S. 69 f.

Gläubiger hinbringen, bei einer Holschuld bei sich bereit halten. Diese letztere Bereitschaft braucht indes nicht so weit zu gehen, daß der Schuldner mit dem Leistungsgegenstand eine Tätigkeit vornehmen müßte, welche anders als in zeitlichem Zusammenhange mit der Übergabe vorzunehmen einer vernünftigen Geschäftsführung zuwider wäre. Der Schuldner ist demnach leistungsbereit, wenn auch die Kohle noch ungefördert in der Zeche,[1]) der Kies noch ungebaggert im Flusse, das im Geschäftslokal zu übergebende Roheis noch im Keller liegt, wenn die Kühe im Stall noch nicht losgebunden und die Bretter auf dem Stapelplatz noch nicht ausgesondert sind. Vorausgesetzt ist natürlich immer, daß der Schuldner bis zum Abruf oder zur Abholung imstande ist, die ihm noch obliegende Tätigkeit auszuführen.

Wenn indes der Schuldner nur gegen eine vorhergehende oder gleichzeitige Bestätigung des Gläubigers zu erfüllen braucht oder zu erfüllen vermag, dann kann füglich von einer tatsächlichen Leistungsbereitschaft nicht die Rede sein. In diesem Falle ist er schon leistungsbereit, wenn er alle Vorbereitungen getroffen hat und nach erfolgter Mitwirkung des Gläubigers zu leisten imstande ist.

Ebenso ist es dem Schuldner nicht zuzumuten, tatsächlich leistungsbereit zu sein, wenn der Gläubiger ihm vorher erklärt hat, er werde die Annahme der Leistung verweigern. Eine solche Annahmeverweigerung kann auch aus dem Verhalten oder sonstigen Erklärungen des Gläubigers geschlossen werden, z. B. wenn der Käufer erklärt, er werde die Ware auf Gefahr und Kosten des Verkäufers einem Lagerhalter übergeben.[2]) Hier genügt zum Vorhandensein der Leistungsbereitschaft, wenn der Schuldner ohne die vorherige Annahmeverweigerung des Gläubigers zu erfüllen imstande gewesen wäre.

Ist der Schuldner leistungsbereit, so muß er dies dem Gläubiger zu erkennen geben. Das tut er regelmäßig durch das Angebot oder in den Fällen, wo der Gläubiger nicht durch bloße Annahme bei der Erfüllung mitzuwirken hat, durch die Aufforderung an den Gläubiger, die erforderliche Handlung vorzunehmen.[3])

---

[1]) R. G. Bd. 5, S. 66.
[2]) Düringer-Hachenburg III. S. 209.
[3]) B. G. B. § 295, S. 2.

Da das Angebot demnach nichts weiter ist als die Erklärung der Leistungsbereitschaft, so ist es unlogisch, von einem tatsächlichen und einem wörtlichen Angebot zu sprechen.[1]) Diese fehlerhafte Ausdrucksweise, von der sich auch B. G. B. nicht ganz frei gemacht hat, beruht auf einer Verwechslung des Umfangs der Leistungsbereitschaft mit der Art des Angebots. Nicht das Angebot, sondern die Leistungsbereitschaft ist in dem einen Falle tatsächlich, wie in dem anderen bloß mündlich.[2])

Das Angebot ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.[3]) Eine Form ist nicht vorgeschrieben; es kann schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.

An Stelle des Schuldners kann ein Dritter wirksam anbieten, wenn er in jeder Hinsicht erfüllungsbereit ist. Widerspricht der Schuldner, so gerät der Gläubiger durch das Angebot des Dritten nicht in Annahmeverzug.[4])

Das Angebot ist an den Gläubiger oder an dessen berechtigten Vertreter[5]) zu richten.

Auch in den Fällen, wo der Schuldner nicht tatsächlich leistungsbereit zu sein vermag oder zu sein braucht, ist er der Verpflichtung des Angebots nicht überhoben.[6]) Dagegen ist kein Angebot erforderlich, wenn für die Mitwirkung des Gläubigers ein Termin bestimmt war, und der Gläubiger die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt.[7]) Ähnlich wird beim Schuldnerverzug bestimmt, daß dieser bei Forderungen mit bestimmtem Leistungstag ohne Mahnung eintritt.[8]) Wie man dort den Grundsatz aufgestellt hat „dies interpellat pro homine", könnte man hier sagen „dies offert pro homine".

Das Angebot oder — in dem eben erwähnten Falle — der für die Handlung des Gläubigers bestimmte Termin bezeichnet den Zeitpunkt, zu dem der Schuldner leistungsbereit sein muß.[9]) Ist der Schuldner nach diesem Zeitpunkt nicht mehr imstande zu

---

[1]) Vgl. Rosenberg S. 150 ff.
[2]) Rosenberg S. 183.
[3]) Vgl. B. G. B. §§ 130—132.
[4]) B. G. B. § 276.
[5]) B. G. B. § 164, Abs. 3.
[6]) B. G. B. § 295.
[7]) B. G. B. § 296.
[8]) B. G. B. § 284, Abs. 2.
[9]) B. G. B. § 297.

erfüllen, so ist das auf die Wirkungen des Annahmeverzugs ohne Einfluß. Dem Gläubiger, der das Imstandesein des Schuldners zur Leistung bestreitet, liegt der Gegenbeweis ob. Zu diesem Zwecke ist er befugt, sich von dem Leistungsvermögen des Schuldners zu überzeugen.

Im Handelsverkehr ist es wohl so gut wie ausgeschlossen, daß der Verkäufer sich für erfüllungsbereit erklärt, ohne tatsächlich zur Lieferung der Ware imstande zu sein. Sollte ein derartiger Fall doch vorkommen, so würde er sich unschwer aus den Geschäftsbüchern, durch Zeugnis der Angestellten oder durch Feststellung, ob ein fortdauernder Fabrikbetrieb stattfindet, nachweisen lassen.

II. Teil.

Die Ausübung der Sonderrechte.

A.

§ 7.

Gemeinsame Erfordernisse hinsichtlich des Gegenstandes.

Mit Eintritt des Annahmeverzugs erlischt die als selbstverständlich im H. G. B. nicht erwähnte Pflicht des Verkäufers zur Aufbewahrung der Ware.[1]) Aber auch danach darf der Verkäufer die Ware nicht einfach ihrem Schicksal überlassen. Will er sich ihrer — über den mit der Annahme säumigen Käufer hinweg — entledigen und dadurch von seiner Schuld befreien, so öffnet ihm § 373 H. G. B. zwei Wege: den der Hinterlegung und den des Selbsthülfeverkaufs.

Wie bereits eingangs hervorgehoben worden ist, sind mit den beiden genannten Möglichkeiten die Befugnisse des Verkäufers keineswegs erschöpft. Dieser wird daher in jedem einzelnen Falle zu erwägen haben, auf welche Weise er sich am vorteilhaftesten für ihn selbst und doch ohne gegen Treu und Glauben im Handelsverkehr zu verstoßen, dem Obligationsnexus entzieht. Wählt er die hier vorgeschlagenen Wege, so steht es ihm frei, entweder einen davon allein oder auch zunächst den ersten und dann außerdem — „ferner" — den zweiten zu beschreiten.[2]) Jedenfalls aber muß er die Sonderrechte in der durch das Gesetz vorgeschriebenen Weise ausüben, um die beabsichtigte Wirkung, die Erfüllung, zu erzielen.

Es ist dies zwar eine andere Art der Erfüllung als die, zu welcher sich der Verkäufer dem Käufer gegenüber verpflichtet hatte und die durch dessen Annahmeverzug unmöglich geworden ist.

[1]) a. H. G. B. Art. 343, Abs. 1.
[2]) Staub II. S. 1261, Anm. 16.

Im übrigen tritt sie indes genau an die Stelle der vertragsmäßigen Erfüllung und daraus ist zu folgern, daß ihr Inhalt sich, soweit dies irgend angängig ist, nicht ändern darf.

Insbesondere beim Stückkauf muß sich der Gegenstand der Hinterlegung bez. des Selbsthülfeverkaufs mit dem des ursprünglichen Kaufs decken.[1])

Liegt ein Gattungskauf vor, so besteht die Verpflichtung des Verkäufers lediglich darin, einen Posten von vertragsmäßiger Beschaffenheit und Güte zu hinterlegen oder zum Verkauf zu bringen,[2]) selbst für den Fall, daß er bereits zur Zeit des vergeblichen Angebots andere Ware ausgesondert hatte.[3]) Eine Beschränkung auf die letztere ließe sich höchstens aus der Bestimmung des B. G. B. rechtfertigen, wonach eine Gattungsschuld sich in dem Augenblick in eine Stückschuld verwandelt, wo der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat.[4]) Die Anwendung dieser — hauptsächlich im Interesse des Schuldners gegebenen — Vorschrift auf den vorliegenden Fall erscheint aber um so weniger geboten, als es dem Käufer in der Regel ganz gleichgültig sein wird, ob der Verkäufer die ursprünglich ausgesonderte oder eine andere gleichwertige Ware hinterlegt und verkauft. Oft wird sogar die nachträgliche Verwendung frischer Ware gleicher Art im eigensten Interesse des säumigen Käufers liegen, man denke nur an den Fall, daß es sich um Margarine oder um ein ähnliches leicht verderbliches Erzeugnis handelt.[5]) Das unbegründete Bestehen auf der absoluten Identität mit der erstmalig ausgeschiedenen Ware würde demnach als Schikane[6]) zu betrachten sein, überdies gegen Treu und Glauben im Verkehr verstoßen.[7]) Der Verkäufer muß daher in solchen Fällen nur nachweisen, daß die Qualität übereinstimmt, daß er z. B., wenn Kohle frischer Förderung ausbedungen war, nicht solche genommen hat, die durch längere Aufstapelung minderwertig geworden war.[8])

---

[1]) R. O. H. G. Bd. 21, S. 235.
[2]) Rechtspr. d. O. L. G. Bd. 6, S. 469.
[3]) Seuffert Bd. 57, S. 260, Nr. 142, Bd. 59, S. 74, Nr. 40.
[4]) B. G. B. § 243, Abs. 2.
[5]) Rechtspr. d. O. L. G. Bd. 10, S. 156, Nr. 11 c (O. L. G. Marienwerder).
[6]) B. G. B. § 226.
[7]) B. G. B. § 242.
[8]) R. G. Bd. 4, S. 10.

Hingegen ist es Sache des Käufers, darzutun, warum die Leistung des später Ausgesonderten für ihn nicht mit der ursprünglichen Leistung identisch ist.[1])

Hatte der säumige Käufer eigentlich bei der Aussonderung der Ware aus der Gattung mitzuwirken, so darf der Verkäufer nunmehr die Aussonderung allein vornehmen; ebenso ist er berechtigt, das nach dem Vertragsinhalt dem Käufer zustehende Wahlrecht auszuüben.[2])

Die ursprünglich verkaufte Ware ist als Ganzes zu hinterlegen und zu veräußern. So wenig der Käufer mangels gegenteiliger Vertragsabrede verpflichtet ist, Teilleistungen anzunehmen,[3]) so wenig braucht er es gegen sich gelten zu lassen, daß der Verkäufer nur einen Teil des Kaufgegenstandes zur Hinterlegung oder zum Selbsthülfeverkauf bringt.[4]) Auch daraus, daß der Kaufgegenstand an sich eine teilbare Sache ist, folgt nicht ohne weiteres, daß der Verkäufer zu Teillieferungen berechtigt ist. Sind z. B. drei verschiedene Sorten Kohle, etwa Stückkohle, Würfelkohle und Kleinkohle, jede zu besonderen Preisen, verkauft, so darf man die Untrennbarkeit des alle drei Kohlensorten umfassenden Kaufvertrags nicht identifizieren und verwechseln mit der Teilbarkeit des Lieferungsobjekts.[5])

Zur Annahme von Teilleistungen ist der Käufer überhaupt nur dann verpflichtet, wenn dies aus dem Inhalt des Kaufvertrags hervorgeht, so insbesondere, wenn die Lieferung der gekauften Ware vereinbarungsgemäß in Raten mit zeitlich bestimmten Abständen zu erfolgen hat (sog. Successivlieferungsverträge). Hier ist jede einzelne Rate, die dem Vertrage entspricht, Erfüllungsakt.[6]) Nimmt der Käufer eine solche Rate nicht an, so darf der Verkäufer nur diese bestimmte Rate, nicht aber zugleich die noch ausstehenden, hinterlegen oder verkaufen, es sei denn, daß die Hinterlegung oder der Selbsthülfeverkauf einer einzelnen

---

[1]) Düringer-Hachenburg III. S. 219; vgl. R. O. H. G. Bd. 7, S. 284. — Dagegen Makower I. S. 1084.

[2]) R. O. H. G. Bd. 24, S. 33.

[3]) B. G. B. § 266.

[4]) R. O. H. G. Bd. 21, S. 236, Bd. 24, S. 359.

[5]) R. G. Bd. 4, S. 8.

[6]) Düringer-Hachenburg III. S. 91; vgl. R. O. H. G. Bd. 5, S. 181, J. W. 1904, S. 90, Nr. 8.

Rate ohne die dazu noch nicht fälligen unausführbar ist[1]) oder daß die Zurückweisung einer Rate den Käufer auch bezüglich aller nachfolgenden in Annahmeverzug versetzt. Im letzteren Falle steht es dem Verkäufer frei, die nicht angenommenen Raten zusammen oder einzeln zu hinterlegen bez. zum Selbsthülfeverkauf zu bringen.

Die Denkschrift[2]) knüpft an die eben erwähnte Tatsache, daß der Annahmeverzug des Käufers hinsichtlich einer Teillieferung den Verzug in betreff aller Teillieferungen begründen kann, die Bemerkung, der Verzug als solcher setze hier nicht voraus, daß sich die zu liefernde Ware oder die ganze zu liefernde Menge von Waren bereits im Gewahrsam des Verkäufers befindet, vielmehr genüge es, wenn der Verkäufer nur behauptet, daß er, insbesondere auf Grund von Verträgen, welche er seinerseits mit Dritten abgeschlossen hat, rechtzeitig hätte liefern können. Aus diesem allgemein anerkannten Satz folgert die Denkschrift weiter, daß eine Ware, die der Verkäufer jederzeit aus dem Gewahrsam des ihm verpflichteten Dritten dem Käufer zu verschaffen vermag, auch im Wege der Selbsthülfe verkauft werden kann. Dies wurde früher aus dem Grunde verneint, weil alsdann nicht die Ware selbst, sondern nur das Bezugsrecht des Verkäufers im Wege der Selbsthülfe verkauft werde. Das ist aber irrig, denn verkauft wird auch in solchen Fällen nichts anderes als „die konkrete, nach Qualität und Quantität und Lagerort bezeichnete, wirklich vorhandene, dem Verkäufer zur Disposition stehende Ware".[3]) Vorausgesetzt wird demnach einmal, daß die Ware in gehöriger Menge und Beschaffenheit bei dem Dritten überhaupt vorhanden[4]) und weiterhin, daß dieser dem Verkäufer zur Lieferung vertragsmäßig verpflichtet war.[5])

Das gleiche gilt, wenn der Käufer dadurch in Annahmeverzug geraten ist, daß er das ihm angebotene Dispositionspapier — einen indossabeln Lagerschein oder einen Ladeschein oder ein Konnossement — nicht angenommen hat. Bei den drei genannten Papieren hat deren Übergabe dieselben Wirkungen wie die Über-

[1]) J. W. 1901, S. 846, Nr. 29.
[2]) Denkschrift S. 216 f.
[3]) R. G. Bd. 34, S. 100.
[4]) R. G. Bd. 33, S. 97.
[5]) R. G. Bd. 11, S. 113.

gabe der Ware.[1]) Wenn daher Staub beim Vorliegen eines derartigen Annahmeverzuges dem Verkäufer das Recht zuspricht, das Dispositionspapier im Wege des Selbsthülfeverkaufs zu veräußern,[2]) so meint er offenbar damit, daß dies nur die Form sei für die Veräußerung der Ware, deren Ankunft nicht erst abgewartet zu werden braucht.[3]) Denn Gegenstand des Selbsthülfeverkaufs ist auch hier die Ware und nicht etwa das Dispositionspapier.[4])

Nicht ausgeschlossen ist schließlich, daß sich die Ware im Besitze des säumigen Käufers befindet, der sie nicht als Erfüllung angenommen hat, sondern sie auf Gefahr und Kosten des Verkäufers bei sich lagert.

Bisher ist die Besitzfrage nur für den Fall erörtert worden, daß der Verkäufer den Selbsthülfeverkauf beabsichtigt. Aber auch wenn er die Ware hinterlegen will, ist es nicht erforderlich, daß sie sich bereits bei Eintritt des Verzugs in seinem Gewahrsam befindet. Weiterhin aber wäre es in solchen Fällen meist umständlich, kostspielig und daher geschäftswidrig, wenn man den Verkäufer zwingen würde, sich nunmehr zunächst die Ware zu verschaffen, um sie dann wieder einem Lagerhalter zu übergeben. Vielmehr wird man auch dann von einer rechtswirksamen Hinterlegung sprechen dürfen, wenn der Verkäufer die Ware dem Dritten, der sie im Besitze hat, fortan in Verwahrung gibt oder diesen beauftragt, sie in seinem (des Verkäufers) Namen anderweit zu hinterlegen.

B.

Die Hinterlegungsbefugnis.

§ 8.

1. Geschichtliches.

Die Befugnis zur Hinterlegung wird dem Befreiung suchenden Schuldner bereits im älteren römischen Recht gewährt. Daraus, daß die Quellen hauptsächlich Fälle erwähnen, in denen Geld

---

[1]) H. G. B. §§ 424, 450, 647.
[2]) Staub II. S. 1265, Anm. 28; ebenso Frankenburger, S. 491.
[3]) J. W. 1901, S. 227, Nr. 4.
[4]) J. W. 1901, S. 654, Nr. 14.

hinterlegt wird, darf nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß andere Sachen nach römischem Recht nicht hinterlegungsfähig waren, wenn auch das Institut bei Geldschulden, deren Beschaffenheit eine Niederlegung statt der unwirtschaftlichen Preisgabe unschwer ermöglichte, zuerst in Anwendung gekommen sein mag. Für die Annahme, daß — wenigstens im späteren römischen Recht — alle beweglichen Sachen hinterlegt werden konnten, sprechen mehrere Quellenstellen, die von der depositio einer res[1]) oder einer arca[2]) berichten.

Es läßt sich auch beim besten Willen nicht einsehen, warum es „lächerlich und untunlich" wäre, „wenn man ein Pferd ins Rathaus reiten oder Wein in den Ratskeller (oder, um mit den Römern zu sprechen, in den Tempel) abliefern müßte, damit man seiner Schuld entledigt werde".[3]) Zwar würde der Tempel, der namentlich als Aufbewahrungsstätte für Geld und Kostbarkeiten diente, vielleicht nicht der geeignete Ort für die Hinterlegung des Weins gewesen sein, doch gab es außerdem noch andere öffentliche Hinterlegungsstellen, und schließlich war auch die Unterbringung der Sache bei einer dritten Privatperson zulässig. Ja, es ist nicht unwahrscheinlich, daß der Schuldner ursprünglich in seinem eigenen Hause tuto in loco deponieren konnte.[4])

Im Gegensatz hierzu mußte im alten deutschen Recht die Hinterlegung ausschließlich bei Gericht erfolgen. Die gleiche Vorschrift finden wir im gemeinen Recht, im Preußischen Landrecht,[5]) und im Sächsischen B. G. B.[6]) Auch das deutsche B. G. B. verlangt Hinterlegung an einer öffentlichen Stelle, die durch die Landesgesetzgebung näher zu bezeichnen ist;[7]) im Königreich Sachsen z. B. ist es das für den Leistungsort[8]) zuständige Amtsgericht.[9])

---

[1]) l. 1. § 36; l. 5. § 2 D. 16,3.

[2]) l. 31. § 3 D. 39,5.

[3]) Zimmern, S. 124.

[4]) Rosenberg, S. 222; vgl. Kohler i. Iherings Jahrb. Bd. 17, S. 305; Kohler, 12 Studien, I. S. 165.

[5]) A. L. R. I, 11 § 99.

[6]) S. B. G. B. § 756.

[7]) B. G. B. § 374, E. B. G. B. Art. 145.

[8]) B. G. B. §§ 374, 269.

[9]) Sächs. Verordnung zur Ausführung einiger mit dem B. G. B. zusammenhängender Reichsgesetze; vom 24. 7. 1899, § 101 (G. V. B. 1899, S. 237).

Während im römischen und gemeinen Recht — auch noch im Sächsischen B. G. B.[1]) — alle hinterlegungsfähigen beweglichen Sachen Gegenstand der Hinterlegung sein konnten, gestattet B. G. B. nur die Hinterlegung von Geld, Urkunden und Kostbarkeiten.[2]) Von der Befugnis, den Kreis der hinterlegbaren Sachen zu erweitern,[3]) hat bisher kein Bundesstaat Gebrauch gemacht.[4])

§ 9.

2. Umfang und Ort der Hinterlegung.

Nirgends wird das Bedürfnis, sich durch Hinterlegung von der Schuld und vor allem von dem Gegenstand der Schuld zu befreien, stärker empfunden werden als im Handelsverkehr. Mit einer derartigen Einschränkung, wie sie die Hinterlegungsbefugnis im bürgerlichen Recht erfährt, wäre indes dem Kaufmann wenig gedient. Wenn die Hinterlegung ihm wahrhaft von Nutzen sein soll, muß ihm in doppelter Hinsicht ein weiterer Spielraum gewährt werden. Dazu gehört einmal bei der Vielgestaltigkeit der Handelsgeschäfte das Recht, auch andere Sachen als Geld, Urkunden und Kostbarkeiten zu hinterlegen. Zweitens aber darf man den Kaufmann bei der Schnelligkeit, welche die Abwickelung seiner Verbindlichkeiten erheischt, und mit Rücksicht auf die meist Sachkenntnis erfordernde Aufbewahrung der Waren, nicht zwingen, den schwerfälligen Weg der behördlichen Hinterlegung zu beschreiten, sondern muß es ihm selbst überlassen, die geeigneten Maßnahmen zu treffen. Andererseits erscheint der gesteigerte Grad von Verantwortlichkeit, der auf dem Handelsstande ruht, ebenso als ein Schutz für die Interessen des Gläubigers, wie ihn das B. G. B. in der Tatsache erblickt, daß die Hinterlegung bei einer Behörde erfolgen muß.[5])

---

[1]) S. B. G. § 756.

[2]) B. G. B. § 372.

[3]) E. B. G. B. Art. 146.

[4]) Vgl. z. B. Sächs. Gesetz, die Ausführung des B. G. B. vom 18. 8. 1896 und des Einführungsgesetzes zum B. G. B. von demselben Tage betr.; v. 18. 6. 1898, § 4 (G. V. B. 1898, S. 192).

[5]) Vgl. Motive II. S. 92.

Die Handelsgesetzgebung hat denn auch in den beiden erwähnten Richtungen den Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung getragen.

Das a. H. G. B. bestimmt:

„Ist der Käufer mit der Empfangnahme der Ware im Verzuge, so kann der Verkäufer die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten niederlegen.“ [1])

Die etwas abweichende Vorschrift des H. G. B. lautet:

„Ist der Käufer mit der Annahme der Ware im Verzuge, so kann der Verkäufer die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhause oder sonst in sicherer Weise hinterlegen.“ [2])

Nach Handelsrecht sind mithin alle Waren hinterlegbar.

Was den Ort der Hinterlegung betrifft, so ist die Ausdrucksweise des H. G. B. richtiger als die des a. H. G. B., denn auch die Hinterlegung im Lagerhaus erfolgt bei einem Dritten. Jedenfalls sollte durch die Fassung des a. H. G. B. zum Ausdruck gebracht werden, daß sowohl öffentliche wie private Hinterlegung zulässig sei. Das H. G. B. verlangt nur Hinterlegung in sicherer Weise und führt als Beispiel für einen im allgemeinen als sicher zu erachtenden Ort das öffentliche Lagerhaus an.

Auf Geldmünzen in ihrer Eigenschaft als Ware, Wertpapiere und Kostbarkeiten läßt sich dieser Vorschlag natürlich nicht anwenden, weil bei ihnen von einer „Lagerung“ keine Rede sein kann; in der Regel werden sie einer Bank zur Verwahrung übergeben. Von den dort üblichen Aufbewahrungsarten entspricht das „offene Depot“ am besten dem Zwecke der Hinterlegung, insofern es eine umgehende Aushändigung des hinterlegten Gegenstandes an den Käufer ermöglicht. Indes dürfte das „offene Depot“ nur hinsichtlich der Wertpapiere als „sicher“ anzusehen sein, da hier durch die Vorschriften des sogenannten Depotgesetzes [3]) ein ausreichender Schutz der Interessen des Käufers gewährleistet wird. Für Geld und Kostbarkeiten dagegen ist grundsätzlich das geschlossene Depot (oder Safe) zu wählen.

---

[1]) a. H. G. B. Art. 343, Abs. 2, S. 1.

[2]) H. G. B. § 373, Abs. 1.

[3]) Gesetz, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, v. 5. 7. 1896.

Der Verkäufer, welcher nicht in sicherer Weise hinterlegt, macht sich schadenersatzpflichtig, und zwar haftet er, während er im übrigen während des Annahmeverzugs nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat,[1]) für die Auswahl der Hinterlegungsstelle mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt,[2]) ja, wenn er Kaufmann ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.[3]) So wird der Verkäufer in jedem einzelnen Falle zu erwägen haben, ob eine Versicherung der hinterlegten Ware erforderlich erscheint.

Selbstverständlich bleibt es dem handelsrechtlichen Verkäufer unbenommen, bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle im Sinne des § 374 B. G. B. zu hinterlegen, doch muß er dabei berücksichtigen, daß diese nur Geld, Urkunden und Kostbarkeiten annimmt.

Keine Hinterlegung ist es, wenn der Verkäufer die Ware bei sich in eigener Verwahrung behält. Geschieht diese Aufbewahrung in Ausübung seines Handelsgewerbes, so kann er vom Beginn des Annahmeverzugs ab Lagergeld beanspruchen[4]) und haftet dem Käufer nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.[5])

In der Regel wird der Verkäufer dort hinterlegen, wo sich die Ware bei Eintritt des Annahmeverzugs befindet. Das braucht nicht notwendig der Leistungsort zu sein.[6]) Unter Umständen kann die Versendung der Ware an einen anderen Ort wünschenswert erscheinen, ja sogar im Interesse des Käufers liegen, z. B. wenn die Ware eine eigenartige Aufbewahrung verlangt und die Einrichtungen hierzu am Leistungsorte nicht vorhanden sind, eine Hinterlegung daselbst also nicht als „sicher" anzusehen wäre. Ferner darf der Verkäufer einen anderen Ort zur Hinterlegung wählen, wenn ihm dieser für den von ihm beabsichtigten Selbsthülfeverkauf vorzüglich geeignet erscheint. Ließe sich hingegen der Transport der Ware nicht durch besondere Gründe rechtfertigen, so müßte der Verkäufer die dadurch verursachten Kosten tragen.

---

[1]) B. G. B. § 300, Abs. 1.

[2]) B. G. B. § 276, Abs. 1, S. 2.

[3]) H. B. G. § 347, Abs. 1; vgl. Lehmann-Ring II. S. 101, Nr. 15, Frankenburger, S. 489; dagegen Makower I. S. 1082, Anm. XIII.

[4]) H. G. B. § 354, Abs. 1.

[5]) B. G. B. § 300, Abs. 1.

[6]) Bolze, Bd. 2, S. 250, Nr. 1009.

C.

Die Befugnis zum Selbsthülfeverkauf.

§ 10.

1. Geschichtliches.

Bedeutet schon die Hinterlegung einen bemerkenswerten Fortschritt gegenüber der Preisgabe, so haften ihr dennoch verschiedene Mängel an, die sich im Verkehrsleben häufig genug fühlbar machen. Vor allen Dingen ist es der durch die Hinterlegung hervorgerufene wirtschaftliche Stillstand, der im Verkehr, zumal im Handelsverkehr, störend empfunden wird. Denn für den Handel bedeutet der Umsatz genau so eine Lebensbedingung, wie für den Menschen der Kreislauf des Blutes. Die hinterlegte Ware liegt brach, der Verkäufer gibt sie aus der Hand, ohne dafür den vereinbarten Gegenwert zu erhalten, mit dem er vielleicht schon hinsichtlich weiterer Geschäfte gerechnet hat. Dazu kommt, daß sich eine ganze Anzahl Waren deshalb nicht zur Hinterlegung eignet, weil ihr wirtschaftlicher Wert hauptsächlich in der Möglichkeit ihres Gebrauchs oder Verbrauchs besteht.

Diesen Mängeln läßt sich wohl nur dadurch wirksam begegnen, daß man dem Verkäufer neben der Hinterlegungsbefugnis das Recht einräumt, die ohne Grund zurückgewiesene Ware anderweit zu verkaufen. So finden wir die Frage auch in den Rechtsordnungen fast aller Zeiten und Länder gelöst: Der Gedanke, den Ulpian in die Worte „vendere vinum bona fide“[1]) gekleidet hat, kehrt wieder in dem Vertrag des Herzogs Hakon von Norwegen mit Lübeck (14. Jahrhundert), wo es heißt:

> „si quis mercatorum in Norwegia merces emptas datis arris secum eodem die, quo emerit, non asportat, licitum est ei, cuius illae merces fuerant, eas vendere postea cuicumque“,[2])

ferner um dieselbe Zeit in einem Erlaß des Königs von Frankreich an die Tuchmacherinnung von Paris und daraufhin in verschiedenen französischen coutumes.[3]) Das gemeine Recht hat den römischen Grundsatz ziemlich unverändert übernommen.

---

[1]) Fr. 1 § 3 D. 18, 6.
[2]) Conze, S. 63.
[3]) Kohler, 12 Studien, I. S. 196 f.

Von den neueren Gesetzgebungen kennen der Code civil[1]) und das österreichische B. G. B. das Verkaufsrecht überhaupt nicht, das Preußische Landrecht,[2]) das Sächsische B. G. B.[3]) und das Schweizerische Obligationsrecht[4]) hingegen nur für den Fall, daß die Sache dem Verderben unterworfen ist oder ihre Aufbewahrung übermäßige Kosten verursacht.

Im B. G. B. ist das Verkaufsrecht gegenüber dem säumigen Gläubiger[5]) lediglich Mittel zum Zweck: es bildet die Brücke, auf welcher der Schuldner *dann* zur Hinterlegungsbefugnis gelangen kann, wenn der geschuldete Gegenstand nicht zur Hinterlegung geeignet ist und daher zunächst zu Gelde gemacht werden muß.

Am vollkommensten und freiesten hat das Handelsrecht die Verkaufsbefugnis ausgestaltet;[6]) hier ist sie nicht, wie im B. G. B., der Hinterlegungsbefugnis untergeordnet, sondern steht wahlweise neben dieser dem Verkäufer zu Gebote.

Wir nennen die Verkaufsbefugnis heute allgemein „Selbsthülfeverkauf". Diese Bezeichnung findet sich außer im § 373, Abs. 3 H. G. B. in keinem Gesetzestext, ist aber nicht erst zu dem genannten Paragraphen vom Gesetzgeber geprägt worden, sondern war bereits unter der Herrschaft des a. H. G. B. neben dem Ausdruck „Verkaufsselbsthülfe", der aus den Vorberatungen zum a. H. G. B. stammt,[7]) in Wissenschaft und Rechtsprechung gang und gäbe.

2. Die Formvorschriften.

§ 11.

a) Die Androhung.

Die größere Bewegungsfreiheit, die das Recht zum Selbsthülfeverkauf dem Verkäufer gewährt, birgt insofern eine Gefahr in sich, als der Verkäufer sie leicht bis zur Willkür dem säumigen Käufer gegenüber steigern könnte. Dessen Untätigkeit oder Widerspenstigkeit sind indes nicht Grund genug, um ihn jeglichen Rechtsschutzes zu berauben, zumal der Annahmeverzug nicht ausschließt,

[1]) Kohler i. Iherings Jahrb. Bd. 17, S. 340; Motive II. S. 94.
[2]) A. L. R. I, 11 § 218.
[3]) S. B. G. B. § 757.
[4]) S. O. R. Art. 108.
[5]) B. G. B. §§ 383, 385.
[6]) a. H. G. B. Art. 343, Abs. 2; H. G. B. § 373, Abs. 2—5.
[7]) Prot., S. 1460.

daß der Käufer den Kaufpreis bereits vorher gezahlt hat. Das Gesetz legt daher dem Freiheitsdrang des Verkäufers einen Hemmschuh an, indem es ihn zwingt, vor und bei der Vornahme des Selbsthülfeverkaufs gewisse Formen zu beobachten, die als Sicherheit dafür dienen sollen, daß die Interessen des Käufers nicht außer acht gelassen werden. Denn „es kommt nicht nur darauf an, daß ein annehmbarer und gerechter Preis erreicht, sondern daß überhaupt loyal verfahren werde".[1]) Dazu gehört in erster Linie, daß der Käufer vom Selbsthülfeverkauf nicht überrascht werde, da er sich möglicherweise noch durch nachträgliche Annahme vom Verzuge reinigen wird, sobald er merkt, daß es dem Verkäufer mit der Ergreifung von Zwangsmaßregeln ernst ist. Aber selbst wenn er sich dazu nicht entschließen würde, so soll er doch wenigstens in der Lage sein, rechtzeitig Vorkehrungen zu treffen, damit der Verkauf ein möglichst günstiges Resultat ergibt.[2]) Um dem Käufer Gelegenheit zu geben, entweder den Selbsthülfeverkauf noch abzuwenden oder sein Ergebnis zu beeinflussen, hat das Gesetz regelmäßig eine vorherige Androhung vorgeschrieben.

Die Androhung ist eine formlose Willenserklärung des Verkäufers dem Käufer gegenüber, des Inhalts, daß er bei Nichtannahme der Ware nunmehr zum Selbsthülfeverkauf verschreiten werde. Unwesentlich ist es dabei, ob die Worte „androhen" oder „drohen" gebraucht werden,[3]) andererseits genügt es nicht, den Käufer lediglich an die Ausübung seines Annahmerechts zu mahnen.[4])

Wenn das Gesetz bei jeder der beiden zulässigen Verkaufsarten, der öffentlichen Versteigerung und dem freihändigen Verkauf, das Erfordernis der „vorgängigen Androhung" aufstellt, so darf man nach Ansicht des Reichsgerichts[5]) daraus nicht folgern, der Gesetzgeber habe dem Verkäufer die ausdrückliche Bezeichnung der gewählten Verkaufsart zur Pflicht machen wollen. Zudem ist, wenn die Androhung allgemein gehalten ist, der Käufer zu der Unterstellung berechtigt, daß die öffentliche Versteigerung als die

[1]) R. O. H. G. Bd. 14, S. 331.

[2]) R. O. H. G. Bd. 12, S. 285, Bd. 19, S. 294, Bd. 23, S. 170; R. G. Bd. 1, S. 8.

[3]) R. O. H. G. Bd. 19, S. 293.

[4]) Puchelt-Förtsch II. S. 950, Anm. 5 e; Lehmann-Ring II. S. 103, Anm. 19; Lamprecht S. 57.

[5]) R. G. Bd. 1, S. 6.

regelmäßige Verkaufsart beabsichtigt sei.[1]) Auch dann bedarf es zur Vornahme des freihändigen Verkaufs keiner nochmaligen Androhung, wenn vorher ohne nähere Bezeichnung der Verkaufsart oder ausdrücklich öffentliche Versteigerung angedroht worden ist.[2]) Denn man muß stets im Auge behalten, daß der Zweck der Androhung der ist, dem Käufer Gelegenheit zur Abwendung oder — was hier in Betracht kommt — zur Beeinflussung des Verkaufs zu geben. Einzig und allein die Kenntnis der Tatsache, daß der Verkäufer freihändig verkaufen will, setzt aber den Käufer noch nicht in die Lage, auf die Preissteigerung hinzuwirken. Dazu müßte er außerdem wenigstens noch den Namen der mit dem Verkauf betrauten Person wissen, die ihm der Verkäufer indes nicht mizuteilen braucht.[3])

Die Empfangsbedürftigkeit der Androhung für den Fall, daß der Verkäufer sie dem abwesenden Käufer gegenüber abgibt,[4]) wird von verschiedenen Seiten — m. E. zu Unrecht — verneint. Staub[5]) begründet seine Behauptung, die Androhung „reise auf Gefahr des Käufers", damit, daß dieser sie durch seinen Verzug veranlaßt habe. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Androhung gerade ein Schutz für den säumigen Käufer sein soll. Lehmann und Ring[6]) verlangen eine analoge Anwendung der Bestimmung im § 377, Abs. 4 H. G. B., wonach die rechtzeitige Absendung der Mängelanzeige zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt. Diese Bestimmung läßt sich aber schon um deswillen nicht willkürlich auf ähnliche Fälle ausdehnen, weil der Gesetzgeber sie ausdrücklich als Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift des B. G. B. hervorgehoben hat.[7]) Sohm[8]) endlich will die Androhung schon mit der Absendung als bewirkt ansehen, weil der Verkäufer alsdann mit ruhigem Gewissen zum Selbsthülfeverkauf schreiten könnte. Diese Ansicht beruht, ebenso wie die von Staub, auf einer Verkennung des Zweckes der Androhung.

---

[1]) R. O. H. G. Bd. 10, S. 242; Staub II. S. 1263, Anm. 24.
[2]) Dagegen Düringer-Hachenburg III. S. 215, Anm. V 2 c.
[3]) R. G. Bd. 1, S. 8.
[4]) B. G. B. § 130.
[5]) Staub II. S. 1263, Anm. 24.
[6]) Lehmann-Ring II. S. 103, Nr. 19.
[7]) Denkschrift S. 224.
[8]) Sohm, S. 102.

Im Gegensatz zu den geschilderten Auffassungen stellen wir nochmals fest, daß die Androhung, um dem abwesenden Käufer gegenüber wirksam zu werden, diesem zugehen,[1] d. h. derart in dessen „Sphäre" gelangen muß, daß er sich unter regelmäßigen Verhältnissen von ihr Kenntnis verschaffen kann.[2] Der Verkäufer wird also trotz der Formfreiheit der Androhung gut daran tun, einen möglichst sicheren Beförderungsweg, etwa durch eingeschriebenen Brief, zu wählen, zumal er alsdann den ihm obliegenden Beweis für die ordnungsmäßige Ausführung der Androhung[3] unschwer erbringen kann.

Am häufigsten wird es sich für den Verkäufer darum handeln, die Rechtzeitigkeit der Androhung darzutun.[4] Die Abgabe derselben unmittelbar vor der Vornahme des Verkaufs wäre ebenso unwirksam wie die vor dem Angebot oder der Aufforderung zur Mitwirkung. Hingegen kann die Androhung mit den beiden genannten Erklärungen verbunden werden.[5] Es ist demnach nicht notwendig, daß der Käufer zur Zeit der Androhung bereits im Verzug ist.

Eine Androhung erübrigt sich weder dadurch, daß der Käufer die Annahme vorher ausdrücklich verweigert hatte,[6] noch regelmäßig dann, wenn der Käufer auf einem anderen Wege in zuverlässiger Weise von einem bevorstehenden Selbsthülfeverkauf im Sinne des § 373 H. G. B. Kenntnis erhalten hat.[7] Ob im letzteren Falle ausnahmsweise das Fehlen einer Androhung entschuldigt werden kann, richtet sich nach den näheren Umständen und hängt hauptsächlich davon ab, ob der Verkäufer dem Käufer arglistige Nichtbeachtung dieser Kenntnis nachzuweisen vermag, was ihm indessen kaum je gelingen wird.[8]

Wir haben gesehen, daß das Erfordernis der Androhung im Interesse des säumigen Käufers aufgestellt worden ist. Nur in-

[1] ebenso Makower I. S. 1083, Anm. XIV a; Düringer-Hachenburg III. S. 215, Anm. V 2 b.

[2] Planck I. S. 164, Anm. 2; vgl. R. G. Bd. 50, S. 195.

[3] Planck II. S. 77, § 303, Anm. 2; S. 166, § 384, Anm. 3.

[4] R. O. H. G. Bd. 19, S. 294.

[5] R. O. H. G. Bd. 23, S. 170; Bd. 10, S. 241.

[6] R. O. H. G. Bd. 19, S. 294; R. G. Bd. 1, S. 310, Puchelt-Förtsch II S. 950, Anm. 5 e.

[7] dagegen Makower I. S. 1083, Anm. XIV a.

[8] R. G. Bd. 1, S. 311.

sofern wird dem Verkäufer ein Zugeständnis gemacht, als es einer Androhung dann nicht bedarf, wenn sie untunlich ist. Untunlich ist sie dann, „wenn unter Berücksichtigung der Auffassung des Verkehrs nach den Umständen des einzelnen Falles billigerweise von dem Schuldner" — also hier dem Verkäufer — „nicht verlangt werden kann, daß er sich den mit der Androhung verbundenen Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten unterziehe."[1]) „Untunlich" ist demnach nicht so viel wie „unmöglich". Unmöglich ist die Androhung nie, da dem Käufer, selbst wenn sein Aufenthaltsort unbekannt ist, immer noch im Wege der öffentlichen Zustellung wirksam angedroht werden kann.[2]) Diese Art der Androhung wird aber kaum einmal als eine tunliche im Sinne des Gesetzes anzusehen sein.[3]) Untunlich ist die Androhung weiterhin, wenn bei längerem Aufschub des Selbsthülfeverkaufs ein Sinken der Preise zu befürchten ist, sei es nun, daß die günstige Konjunktur vorübergeht oder daß die Stimmung flauer wird, zumal wenn außerdem zu besorgen steht, daß der Käufer für den Ausfall nicht die nötige Sicherheit bietet.[4]) Natürlich liegt es im Streitfall vollkommen in richterlichem Ermessen, ob die vom Verkäufer für die behauptete Untunlichkeit erbrachten Beweistatsachen als genügend anzusehen sind, insbesondere ob dieser bei Beurteilung der Frage die erforderliche Sorgfalt angewendet hat.

Die Untunlichkeit als allgemeiner Befreiungsgrund des Verkäufers von dem Erfordernis der Androhung ist eine Errungenschaft des H. G. B. und bedeutet einen gewaltigen Fortschritt gegenüber dem a. H. G. B., das nur einen Fall kannte, wo die Androhung wegfallen durfte, nämlich, wenn „die Ware dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge" war.[5]) Da mithin beide Voraussetzungen gleichzeitig vorliegen mußten, andererseits aber der bei längerem Aufschub des Verkaufs zu befürchtende Verderb der Ware deren völlige Entwertung,[6]) nicht nur eine

[1]) Planck II. S. 76, § 303, Anm. 2.
[2]) B. G. B. § 132, Abs. 2.
[3]) Motive II. S. 98, 102.
[4]) Düringer-Hachenburg III. S. 215, Anm. 5 d.
[5]) a. H. G. B. Art. 343, Abs. 2, Satz 3.
[6]) Staub II. S. 1264, Anm. 25; dagegen Makower I. S. 1083, Anm. XIV b. 1.

wesentliche Wertminderung,[1]) bedeutet, so waren mit dieser Vorschrift der Vergünstigung des Verkäufers äußerst enge Grenzen gezogen. Der Vorschlag, die Worte „dem Verderb ausgesetzt" möglichst weit auszulegen,[2]) ist ohne Anhalt im Gesetz, überdies von der Rechtsprechung nicht befolgt worden.[3]) Wenn die Bestimmung in das H. G. B. mit hinübergenommen worden ist, so ist sie dort nur als ein besonders hervorgehobenes Beispiel für einen Fall der Untunlichkeit anzusehen.[4])

Nach H. G. B. ist es also denkbar, daß ein Selbsthülfeverkauf von in Japan lagerndem Eisen, das im dortigen Klima stark rostet, trotz unterbliebener Androhung den — im übrigen beobachteten — Formvorschriften entspricht, da zwar das Eisen nicht als dem Verderb ausgesetzt zu erachten ist,[5]) die Androhung aber doch aus anderen Gründen — etwa Unterbrechung der Kabel oder Unsicherheit des Postverkehrs infolge des Krieges — untunlich gewesen sein könnte.

b) Das Verfahren.

§ 12.

aa) Die öffentliche Versteigerung.

Das „loyale", d. h. anständige Verfahren beim Selbsthülfeverkauf wird einmal dadurch gewährleistet, daß der Verkäufer ihn nicht persönlich vornehmen darf, sondern einen unparteiischen Dritten, der öffentliches Vertrauen genießt, damit beauftragen muß, weiterhin aber durch die Form des Verkaufs, für den das Gesetz in allen Fällen die öffentliche Versteigerung vorschreibt und nur dann daneben den freihändigen Verkauf gestattet, wenn die Ware einen Markt- oder Börsenpreis hat.

Bevor der Verkäufer die Ware öffentlich versteigern lassen darf, hat er, soweit tunlich, dem säumigen Käufer mitzuteilen, wann und wo die Versteigerung stattfindet,[6]) es sei denn, daß diese Angaben bereits in der Androhung enthalten waren. Von der letzteren unterscheidet sich die hier erwähnte Benachrichtigung

---

[1]) vergl. B. G. B. § 1218, Abs. 1.
[2]) Lehmann-Ring II. S. 103 Nr. 20.
[3]) Bolze, Bd. 2, S. 249, Nr. 1006.
[4]) Düringer-Hachenburg III. S. 215, Anm. 5 d.
[5]) Bolze, Bd. 2, S. 249, Nr. 1006.
[6]) H. H. B. § 373, Abs. 5.

dadurch, daß sie keine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, der Verkäufer also nur für die ordnungsmäßige und rechtzeitige Absendung einzustehen hat, während der Käufer die Gefahr des Eintreffens trägt.[1]) Ferner aber hat das Unterlassen einer tunlichen Benachrichtigung nicht wie das einer tunlichen Androhung die Unwirksamkeit des Verkaufs zur Folge, sondern macht den Verkäufer nur ersatzpflichtig für den dem Käufer aus der Unkenntnis erwachsenen Schaden, gleichgültig, ob dieser vorauszusehen war oder nicht.[2]) Die Mitteilung vom Zeitpunkt des Selbsthülfeverkaufs bindet den Verkäufer nicht schlechthin; vielmehr kann er — unter dementsprechender neuer Benachrichtigung[3]) — den Termin verschieben, wenn die Aussichten der Versteigerung dadurch günstiger werden.[4])

Im übrigen gelten für die Ausführung der öffentlichen Versteigerung die Bestimmungen des B. G. B.[5]) Danach ist außer der spezifisch handelsrechtlichen,[6]) lediglich für den Käufer bestimmten Benachrichtigung der Ort und die Zeit der Versteigerung öffentlich bekannt zu machen. Hierzu ist nicht unbedingt erforderlich, daß der Versteigerungstermin in den Tageszeitungen abgedruckt wird, maßgebend ist vielmehr die Usance am Versteigerungsort, wonach ein Ausschellen in den Straßen, ein Anschlag am behördlichen Anzeigenbrett genügen kann.[7]) Nicht ordnungsmäßig ist eine Bekanntmachung, wenn in einer der beiden Zeitungen, in denen sie erscheint, der Tag infolge eines Versehens unrichtig angegeben ist.[8]) Auch muß sie so zeitig erfolgen, daß dadurch ein angemessener Kreis von Kaufluſtigen herangezogen werden kann; ein entgegengesetzter Brauch ist nicht Handelsbrauch, sondern ein Mißbrauch.[9])

Die Versteigerung verliert nicht dadurch den Charakter der Öffentlichkeit, daß sie auf die gewerblichen Händler mit der zum

---

[1]) Staub II. S. 1268, Anm. 37; Makower I. S. 1089, Anm. XIV b 1; Düringer-Hachenburg III. S. 224, Anm. X.

[2]) J. W. 1901, S. 209, Nr. 10.

[3]) Makower I. S. 1089, Anm. XIV b. 1.

[4]) Sächs. Archiv, Bd. 11, S. 227.

[5]) B. G. B. § 383, Abs. 3.

[6]) Dagegen Weyl, I. S. 378, der in B. G. B. § 384 Abs. 2 eine Benachrichtigung von der anberaumten Versteigerung erblickt.

[7]) R. O. H. G. Bd. 16, S. 92, R. G. Bd. 1, S. 270.

[8]) J. W. 1901, S. 11, Nr. 15; Sächs. Archiv, Bd. 11, S. 226.

[9]) Recht, Bd. 4, S. 377, Nr. 291 (O. L. G. Posen).

Verkauf stehenden Ware beschränkt wird. Denn unter Öffentlichkeit ist hier nicht eine grenzenlose zu verstehen, die sich auf alle Welt erstreckt, sondern eine, die dem verfolgten Zweck genügt, nämlich einen angemessenen Preis beim Verkauf erwarten läßt. Demnach ist die Öffentlichkeit gewahrt, wenn bei einem Selbsthülfeverkauf von Apfelsinen in Triest nach einem dort bestehenden Handelsbrauch nur protokollierte Agrumen- (Südfrucht-) Händler zugelassen worden sind.[1])

Zur Vornahme der öffentlichen Versteigerung ist reichsrechtlich nur der für den Versteigerungsort bestellte Gerichtsvollzieher ermächtigt, während die Bezeichnung weiterer dazu befugter Beamten und Personen dem Landesrecht vorbehalten bleibt. In Sachsen ist diese Befugnis ausdrücklich und ohne weiteres nur noch den Notaren beigelegt worden.[2]) Im übrigen aber ist trotz der Gewerbefreiheit der Auktionatoren an sich die rechtswirksame Abhaltung von öffentlichen Versteigerungen an die behördliche Beeidigung und Anstellung des Versteigerers geknüpft,[3]) die beispielsweise in Sachsen, soweit Städte mit revidierter Städteordnung in Frage kommen, durch den Stadtrat, sonst durch die Amtshauptmannschaft erfolgt.[4]) Treffen diese Voraussetzungen in der Person des Versteigerers nicht zu, so liegt kein Selbsthülfeverkauf im Sinne des B. G. B. und H. G. B. vor, und zwar gilt dies nicht nur für private Versteigerer,[5]) sondern auch für Angestellte einer Eisenbahnverwaltung, welche die ihr als Frachtführer zustehenden Rechte wahrnimmt,[6]) weiterhin aber auch für Handels- und Kursmäkler, die keine besondere Ermächtigung zur Vornahme von öffentlichen Versteigerungen haben.[7])

Die Bedingungungen, unter denen die Versteigerung stattfindet, müssen für alle Bieter dieselben sein. Die Gebote sind öffentlich abzugeben. Ein abgegebenes Gebot erlischt, sobald es

---

[1]) Rechtspr. d. O. L. G. Bd. 7, S. 387 (O. L. G. Dresden).

[2]) Sächs. Verordn. zur Ausführung einiger mit dem B. G. B. zusammenhängender Reichsgesetze vom 24. 7. 1899, § 37, Z. 7. (G. V. B. 1899, S. 225).

[3]) R. G. O. § 36.

[4]) Sächs. Verordn. z. Ausführung des B. G. B. u. der zu dessen Ein- und Ausführung ergangenen Gesetze vom 6. 7. 1899; § 9 (G. V. B. 1899, S. 205).

[5]) R. O. H. G. Bd. 20, S. 24, Bd. 24, S. 331: R. G. Bd. 5, S. 95.

[6]) J. W. 1902, S. 220, Nr. 27.

[7]) Lehmann-Ring II. S. 103, Anm. 22; Rechtsspr. d. O. L. G. Bd. 6 S. 89 (Kammergericht); abweichend Staub II. S. 1264, Anm. 26.

überboten oder die Versteigerung ohne Erteilung des Zuschlags geschlossen wird. Erst mit diesem kommt der Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem Meistbietenden zustande.[1]) Die Öffentlichkeit der Versteigerung bleibt auch dann gewahrt, wenn der Zuschlag an sich nicht öffentlich erfolgt.[2])

Der Beamte, welcher die Versteigerung abhält, hat darüber ein Protokoll aufzunehmen, in dem außer den Namen der Vertragsparteien der gesetzliche Grund der Versteigerung, deren Gegenstand, das Meistgebot, der Name des Bieters, der den Zuschlag erhalten hat, und endlich die Angabe, ob der Kaufpreis bezahlt worden ist, verlautbart wird.[3])

Die unparteiische Stellung des Versteigerers verbietet ihm und in gleicher Weise seinen Gehilfen einschließlich des Protokollführers, sich persönlich oder durch einen vorgeschobenen Dritten oder endlich als Vertreter eines anderen am Bieten zu beteiligen.[4]) Dagegen bestimmt H. G. B. ausdrücklich, was schon unter der Herrschaft des a. H. G. B. Rechtens war,[5]) nämlich, daß nicht allein der Käufer, sondern auch der Verkäufer bei der Versteigerung mitbieten darf.[6]) Bleibt der Verkäufer der Meistbietende, so kommt zwar formell kein Kaufvertrag zustande, wohl aber ist dem säumigen Käufer gegenüber wirtschaftlich dasselbe Resultat erzielt, wie wenn das Höchstgebot von einem Dritten abgegeben worden wäre. Das Interesse des säumigen Käufers ist auf ein möglichst günstiges Ergebnis gerichtet, gleichgültig, ob die Ware überhaupt tatsächlich an einen Dritten geliefert wird oder nicht. Deshalb steht es auch dem Selbstgebot des Verkäufers gleich und ist mithin zulässig, wenn dieser eine andere Person vorschiebt und für sich bieten läßt.[7]) Damit soll indes keineswegs einem Scheinverkauf das Wort geredet sein, bei dessen — vom Käufer nachzuweisenden — Vorliegen die öffentliche Versteigerung unwirksam ist.[8])

---

[1]) B. G. B. § 156.

[2]) R. G. Bd. 8, S. 29.

[3]) Vgl. z. B. die sächsischen Vorschriften für die Gerichtsvollzieher in J. G. O. §§ 1731, 1733, Abs. 1, Z. 4, Abs. 2 f.

[4]) B. G. B. § 457.

[5]) R. G. Bd. 5, S. 63.

[6]) H. G. B. § 373, Abs. 4.

[7]) J. W. 1899, S. 494, Nr. 34.

[8]) R. O. H. G. Bd. 16, S. 284.

§ 13.

bb) Der freihändige Verkauf.

Die Öffentlichkeit des Verkaufs ist dann entbehrlich, wenn die Ware einen Markt- oder Börsenpreis hat; dieser ist entweder offenkundig oder läßt sich zum mindesten ohne Schwierigkeit ermitteln, folglich ist dafür hinreichende Sicherheit vorhanden, daß der Verkauf zu einem angemessenen Preise geschieht.

Unter Marktpreis versteht man denjenigen „Preis, welcher für eine Ware gewisser Gattung und Art von durchschnittlicher Güte an dem Handelsplatze, wo sie einen Markt hat, und in dessen Handelsbezirk zu einer gewissen Zeit im Durchschnitt gewährt wird".[1] Es ist also nicht erforderlich, daß am Verkaufsort selbst ein Markt für die Ware besteht, wenn der Verkaufsort nur in den Verkehrsbereich eines Marktes fällt.[2] Vorausgesetzt wird indes stets, daß über die zum Verkauf stehende Ware zur fraglichen Zeit am Verkaufsort oder an dem dafür maßgebenden Handelsplatze eine größere Anzahl von Geschäften abgeschlossen worden ist.[3]

Regelmäßig wird der Marktpreis auf Grund der bestehenden örtlichen Einrichtungen festgestellt;[4] diese brauchen nicht notwendig amtlich zu sein, vielmehr können private Ermittelungen genügen, „vorausgesetzt, daß dieselben ein solches Ansehen erlangt haben, daß man sie als örtliche Einrichtung betrachtet".[5] Ist der Marktpreis nicht festgestellt, so läßt er sich durch Vergleichung der zur fraglichen Zeit am fraglichen Ort abgeschlossenen Kaufverträge ermitteln.

Der Börsenpreis wird für die an der Börse gehandelten Waren und Wertpapiere amtlich festgestellt, und zwar durch den Börsenvorstand, regelmäßig unter Zuziehung der Kursmäkler,[6] zuweilen auch unter Mitwirkung von Vertretern anderer Berufszweige, und muß der wirklichen Geschäftslage des Verkehrs an der Börse entsprechen.[7] Ein wahrer Börsenpreis liegt demnach

[1] Goldschmidt II. S. 101.
[2] Vgl. B. G. B. § 453.
[3] R. G. Bd. 12, S. 9.
[4] a. H. G. B. Art. 353.
[5] Staub II. S. 1248, Anm. 20.
[6] Bö. G. § 30, Abs. 1.
[7] Bö. G. § 29, Abs. 1 und 3.

nur dann vor, wenn tatsächlich Abschlüsse zu dem im Kurszettel bezeichneten Kurse (sog. Bezahlt-Notizen) stattgefunden haben; eine Geldnotiz begründet noch keinen Börsenpreis, weil hier lediglich ein bestimmter Kurs für ein Wertpapier angeboten worden war.

Nun ist es aber nicht ausgeschlossen, daß an einer Börse die Einrichtung, den Börsenpreis amtlich festzustellen, fehlt. In diesem Falle und überhaupt, wenn und soweit eine Notierung nicht stattfindet, ist der Börsenpreis anderweit zu ermitteln. Er ergibt sich alsdann aus der Preisvergleichung der an der fraglichen Börse zu der in Betracht kommenden Zeit über die betreffende Ware abgeschlossenen Geschäfte, vorausgesetzt, daß solche in beträchtlicher Anzahl stattgefunden haben und nicht von besonderen Umständen abhängig waren.[1])

Der festgestellte oder sonst zuverlässig ermittelte Markt- oder Börsenpreis gilt als solcher bis zur Erbringung des Gegenbeweises, der sich indes nicht nur auf Arglist, Versehen und Schreibfehler, sondern auch auf objektive Unrichtigkeit stützen kann.[2])

Zur Ausführung des freihändigen Verkaufs, dem übrigens keine Benachrichtigung des Käufers von Zeit und Ort vorauszugehen braucht, muß sich der Verkäufer eines Vermittlers bedienen, der öffentliches Vertrauen genießt und daher Anspruch auf Unparteilichkeit machen kann. Als solchen stellt das Gesetz dem Verkäufer einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler und eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person wahlweise zur Verfügung. Auf Grund dieser Vorschrift ist ein freihändiger Verkauf, — und wenn er auch zum Marktpreise erfolgt —, den der Verkäufer selbst vornimmt, oder durch einen Unbefugten vornehmen läßt, unwirksam.[3])

Der Handelsmäkler an sich ist heute nicht mehr mit öffentlichem Glauben ausgestattet, da er seit dem Inkrafttreten des H. G. B. seine frühere Stellung als amtlicher Vermittler von Handelsgeschäften[4]) eingebüßt hat und zum Privatmäkler von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs herabgesunken

---

[1]) R. G. Bd. 47, S. 113.

[2]) R. O. H. G. Bd. 5, S. 331.

[3]) R. O. H. G. Bd. 12, S. 176.

[4]) a. H. G. B. Art. 66.

ist.[1]) Will er sich das zur Ausführung von freihändigen Verkäufen markt- oder börsengängiger Waren erforderliche Vertrauen zurückgewinnen, so bedarf er zuvor einer öffentlichen Ermächtigung. Welche Behörde diese Ermächtigung zu erteilen berechtigt ist, bestimmen die Landesgesetze. In Sachsen wird die Ermächtigung, vorausgesetzt, daß überhaupt ein Bedürfnis vorliegt, in Städten mit revidierter Städteordnung vom Stadtrat, im übrigen von der Amtshauptmannschaft erteilt, nachdem sich die zuständige Handelskammer über die Bedürfnisfrage und die geeigneten Personen gutachtlich geäußert hat. Die Ermächtigung wird allerdings erst wirksam, wenn der Handelsmäkler einen Eid dahin geleistet hat, daß er die ihm obliegenden Pflichten getreu erfüllen werde.[2])

Außerdem ist die Berechtigung zur Ausführung von freihändigen Verkäufen markt- oder börsengängiger Waren den Kursmäklern zugesprochen worden, und zwar mit der Vergünstigung, daß sie dazu einer ausdrücklichen öffentlichen Ermächtigung nicht bedürfen.[3]) Die Tätigkeit der Kursmäkler ist nämlich insofern eine amtliche, als sie nach erfolgter Anstellung durch die Landesregierung als Hülfspersonen des Börsenvorstandes bei der Festsetzung des Börsenpreises mitwirken. Auch stehen sie unter einem vor Antritt der Stellung zu leistenden Eid.[4]) Ist die Beeidigung versehentlich unterblieben, so tut dies der Formgerechtigkeit des Selbsthülfeverkaufs keinen Abbruch.[5])

Das Gesetz schreibt weiterhin vor, daß der freihändige Verkauf zum laufenden Preise bewirkt werden müsse. Von einem solchen kann man nur sprechen, wenn über die betreffende Ware tatsächlich mehrere Geschäfte abgeschlossen worden sind. Den mittleren Durchschnittspreis, den die Ware an einem bestimmten Tag und Ort erzielt hat, nennt man dann deren laufenden Preis.

Läßt sich der laufende Preis beim freihändigen Verkauf nicht erreichen, so muß der Verkäufer von ihm abstehen und statt dessen den sicheren Weg der öffentlichen Versteigerung wählen.[6]) Zwar

[1]) H. G. B. § 93.

[2]) Sächs. Verordn. z. Ausführung des B. G. B. und der zu dessen Ein- und Ausführung ergangenen Gesetze vom 6./7. 1899, § 9 (G. V. B. 1899, S. 205).

[3]) Bö. G. § 34 in der Fassung des E. H. G. B. Art. 14.

[4]) Bö. G. § 30.

[5]) R. G. Bd. 18, S. 91.

[6]) R. O. H. G. Bd. 7, S. 69, Bd. 8, S. 101; Düringer-Hachenburg III. S. 213.

begründet die amtliche Eigenschaft des Vermittlers ohne weiteres die Vermutung, daß zum laufenden Preise verkauft worden sei, trotzdem steht es dem Käufer natürlich immer noch frei, den Gegenbeweis anzutreten.[1])

Ist unter dem laufenden Preise verkauft worden, so vermag selbst die Bereitwilligkeit des Verkäufers, für den Preisunterschied aufzukommen, diesen Formmangel nicht zu heilen.[2]) Denn ganz abgesehen davon, daß eine gegenteilige Auffassung im Wortlaut des Gesetzes keine Stütze findet, würde die Erstattung des Preisunterschiedes keine volle Befriedigung des Käufers bedeuten, da durch einen Verkauf unter dem Marktpreise sehr oft der Marktpreis selbst herabgedrückt wird[3]) und infolgedessen sich die ferneren Geschäftsaussichten für den Käufer ungünstiger gestalten.

Der Mäkler darf den freihändigen Verkauf nur vermitteln, nicht etwa selbst, wenn auch für fremde Rechnung, die Ware kaufen.[4]) Ebenso unzulässig ist es, daß der Verkäufer, der in der öffentlichen Versteigerung kraft gesetzlicher Vorschrift die Ware erstehen kann, beim freihändigen Verkauf als Käufer auftritt oder einen Dritten zu diesem Zwecke vorschiebt oder gar die Ware zum Tageskurse übernimmt.[5]) Dagegen liegt kein Grund vor, dem säumigen Käufer zu untersagen, die Ware im freihändigen Verkauf doch noch zu erwerben.[6])

§ 14.

3. Die Bedingungen des Selbsthülfeverkaufs.

Hinsichtlich der Bedingungen, unter denen der Selbsthülfeverkauf vorgenommen wird, sind von den bisher behandelten besonderen Formvorschriften des § 373 H. G. B. diejenigen Abmachungen zu trennen, die lediglich den Inhalt des dem Selbsthülfeverkauf zugrunde liegenden Kaufvertrags betreffen. Die erstgenannten Vorschriften sind eigens für den Selbsthülfeverkauf

---

[1]) O. A. G. D., Neue Folge, Bd. 5, S. 498; R. O. H. G. Bd. 7, S. 69.

[2]) Lehmann-Ring II. S. 104, Anm. 25; anderer Ansicht R. O. H. G. Bd. 10, S. 368 (Plenum).

[3]) Cosack, S. 204.

[4]) R. O. H. G. Bd. 8, S. 262.

[5]) Staub II. S. 1265, Anm. 27.

[6]) Düringer-Hachenburg III. S. 224, Anm. IX; dagegen Lehmann-Ring II. S. 106, Nr. 30.

zum Schutze des dabei interessierten säumigen Käufers getroffen; daher macht ihre Nichtbeobachtung den Selbsthülfeverkauf unter allen Umständen ungültig, und zwar ohne Rücksicht auf dessen Ergebnis. Im Gegensatz hierzu kommen die für das ursprüngliche Kaufgeschäft vereinbarten Bedingungen beim Selbsthülfeverkauf nur insoweit in Betracht, als sie zur Erreichung des Zweckes beitragen, die Ware in vertragsmäßiger Beschaffenheit unter Berücksichtigung des Interesses beider Vertragsparteien zum höchstmöglichen Preise zu verwerten.[1]) Kommt es demnach vor allen Dingen darauf an, daß der Verkauf in geschäftsüblicher Weise und den Umständen des Falles angemessen erfolgt, so werden auch die Bedingungen dem entsprechen müssen. Nun steht aber der Erfolg des Selbsthülfeverkaufs meistens unter anderen Bedingungen als der ursprüngliche Kauf.[2]) Folglich wird eine Abweichung von den Bedingungen des Kaufvertrags zulässig sein, sofern nur dabei sachgemäß verfahren und das Interesse des säumigen Käufers nicht in ungerechtfertigter Weise verletzt wird. So kann es sich z. B. notwendig machen, einen anderen Erfüllungsort oder eine andere Erfüllungszeit festzusetzen,[3]) neue Zahlungsbedingungen aufzunehmen[4]) oder Lieferfristen behufs Ausscheidung und Übergabe der Ware [etwa noch anstehender Kohlen[5])] zu vereinbaren. Dagegen würde es dem Interesse des säumigen Käufers zuwiderlaufen, wenn der Verkäufer nachträglich Bedingungen aufnimmt, die geeignet sind, Kaufliebhaber von Geboten abzuhalten, wie in dem Falle, wo der Verkäufer die Abnahme des bei der Versteigerung erstandenen Samens schon für den folgenden Tag, und zwar während des Vormittags von 9 bis 12 Uhr, unter dem Rechtsnachteil des Weiterverkaufs der Ware auf Gefahr des Erstehers vorschrieb, zumal eine derartige Beschränkung für das Abholen des Samens weder durch dessen Beschaffenheit noch Menge geboten war.[6])

Andererseits darf aber der Verkäufer auch nicht Vertragsbedingungen, die offenbar zur Erzielung eines höheren Preises

---

[1]) R. G. Bd. 19, S. 200.
[2]) Düringer-Hachenburg III. S. 220.
[3]) R. O. H. G. Bd. 10, S. 372.
[4]) R. O. H. G. Bd. 15, S. 150.
[5]) R. O. H. G. Bd. 21, S. 75.
[6]) R. G. Bd. 19, S. 199.

getroffen worden sind, willkürlich weglassen, z. B. nicht Schlachtvieh nach Stück verkaufen, wenn ursprünglich nach „lebend Gewicht" verkauft war.[1])

Gelten für das zugrunde liegende Kaufgeschäft mangels besonderer Abrede die aus dem Gesetz sich ergebenden, allgemeinen Vertragsbedingungen,[2]) so ist eine Abweichung davon durch Ausschluß jeglicher Gewährleistung in der Regel als eine Verletzung der Interessen des säumigen Käufers anzusehen.[3]) Als Grund für ihre Auffassung geben die in diesem Sinne ergangenen Entscheidungen an, daß dadurch der Preis gedrückt werde. Um indes zu einer solchen Überzeugung zu gelangen, bedarf es in jedem einzelnen Falle einer Würdigung der tatsächlichen Umstände. Es wird daher die allgemeine Regel nicht auf diejenigen Fälle des Selbsthülfeverkaufs anzuwenden sein, in denen die gesetzliche Haftung zwar ausgeschlossen worden ist, aber ohne daß dadurch das Verkaufsergebnis beeinträchtigt worden wäre. Alsdann würde nämlich das Interesse des Käufers nicht als verletzt angesehen werden können, folglich auch ein für die Gesetzwidrigkeit des Selbsthülfeverkaufs wesentliches Moment nicht vorliegen.[4]) Da sich aber der Ausfall einer Versteigerung, bei welcher der Verkäufer keine Garantie übernehmen will oder kann, nicht mit Bestimmtheit voraussehen läßt, so wird der vorsichtige Verkäufer unter solchen Umständen lieber den vom Gesetz in erster Linie eröffneten Ausweg, die Hinterlegung der Ware, wählen.[5])

§ 15.

4. Der Ort des Selbsthülfeverkaufs.

In der Tatsache, daß das H. G. B. im Gegensatz zum B. G. B.[6]) keine Bestimmung über den Ort, wo der Selbsthülfeverkauf vorzunehmen ist, enthält, finden wir einen neuen Beweis für unsere schon früher aufgestellte Behauptung, daß der Kaufmann vom Gesetzgeber nicht derart am Gängelbande geführt wird,

---

[1]) Gruchot, Bd. 28, S. 1066.

[2]) B. G. B. § 459; H. G. B. § 360.

[3]) R. G. Bd. 19, S. 200; Bolze, Bd. 21, S. 243, Nr. 484; Bd. 22, S. 213, Nr. 456; D. J. Z. 1902, S. 557, Nr. 68.

[4]) J. W. 1904, S. 560, Nr. 26.

[5]) D. J. Z. 1903, S. 408 (O. L. G. Darmstadt).

[6]) B. G. B. § 383, Abs. 1 und 2.

wie der gewöhnliche Laie. Aber zugleich mit dem Gefühl der größeren Unabhängigkeit wird in ihn das Bewußtsein der gesteigerten Verantwortlichkeit gepflanzt: an die Stelle des Gesetzesparagraphen tritt die eigene Überlegung und Sorgfalt.

Aus dem Gesagten folgt einmal, daß der handelsrechtliche Verkäufer bei der Auswahl des Orts für den Selbsthülfeverkauf nicht fest gebunden ist, sondern den jedesmaligen besonderen Umständen Rechnung tragen kann, andererseits aber, daß er dabei nicht willkürlich verfahren oder eigennützig auf Kosten des Käufers spekulieren darf, sondern auf einen möglichst günstigen Verkauf Bedacht nehmen muß.

Da das Recht des Verkäufers zum Selbsthülfeverkauf in dem Augenblick zur Entstehung gelangt, wo der Käufer in Annahmeverzug gerät, so wird er es, um unnötige Kosten zu vermeiden, grundsätzlich dort ausüben müssen, wo sich die Ware zu dieser Zeit befindet. Damit soll indes nicht gesagt sein, daß der regelmäßige Verkaufsort genau auf die Stelle beschränkt ist, wo die Ware gerade lagert. Diese Stelle kann unter Umständen zum Verkauf sehr ungeeignet sein, insbesondere, wenn daselbst kein Markt besteht. Hatte der säumige Käufer z. B. Kohlen auf einer Zeche im Ruhrgebiet abzunehmen, so ist es nicht nur zulässig, sondern auch für einen ordentlichen Kaufmann geboten, die Kohlen nicht auf der Zeche, sondern in Essen versteigern zu lassen, da diese Stadt der für Kohlen aus dortiger Gegend maßgebende Marktplatz ist.[1])

Im übrigen erscheint eine Weitersendung der Ware nur dann gerechtfertigt, wenn dadurch die Erzielung eines besseren Preises ermöglicht wird.[2]) War am Orte der Niederlassung des Verkäufers zu erfüllen, so darf dieser ohne triftigen Grund die Ware zum Zwecke des Selbsthülfeverkaufs weder nach dem Wohnort des Käufers senden, noch, falls er sie ihm bereits auftragsgemäß zugeschickt hatte, wieder zurückgehen lassen. Hat hingegen ein Kaufmann in London, der cif Danzig verkauft, also die Transportkosten bis dahin zu tragen hatte, mit großer Mühe und erheblichen Kosten ein Schiff gechartert, so kann er, wenn er auch tags darauf vom Käufer die Annahmeverweigerung erhält,

[1]) R. G. Bd. 5, S. 67.

[2]) Sächs. Archiv, Ergänzungsband 1902, S. 822, Nr. 13; J. W. 1901 S. 756, Nr. 16.

trotzdem die Ware nach Danzig verschiffen und dort versteigern lassen, ganz abgesehen davon, daß es in dem betreffenden Falle mindestens zweifelhaft gewesen wäre, ob ein Verkauf in London nicht ein bedeutend ungünstigeres Ergebnis gehabt hätte.[1])

Die bei Eintritt des Annahmeverzugs unterwegs befindliche Ware kann der Verkäufer anhalten und an dem betreffenden Orte verkaufen lassen.[2]) Verweigert z. B. der Käufer die Annahme eines Konnossements über eine noch schwimmende Ware, so kommt als Verkaufsort in erster Linie der nächste Zwischenhafen in Betracht, und nur, falls dieser nicht geeignet erscheint, wird der Verkäufer je nach den näheren Umständen die Ware weiter- oder zurückgehen lassen. Zu beachten ist übrigens, daß es bei einem solchen Kauf gegen Dispositionspapier hinsichtlich der Bestimmung des Orts für den Selbsthülfeverkauf nur darauf ankommt, wo sich die Ware, nicht wo sich das Dispositionspapier befindet.[3])

§ 16.

5. Die Zeit des Selbsthülfeverkaufs.

Zum Selbsthülfeverkauf darf der Verkäufer erst verschreiten, nachdem der Käufer in Annahmeverzug versetzt worden ist. Unter allen Umständen muß der für die Leistung des Verkäufers bestimmte Zeitpunkt vorüber sein, denn bis dahin kann der Käufer, selbst wenn er im voraus erklärt hatte, nicht annehmen zu wollen, seinen Entschluß ändern, ohne in Annahmeverzug zu geraten.[4])

Nach Eintritt des Annahmeverzugs liegt es völlig im Ermessen des Verkäufers, wann er den Selbsthülfeverkauf vornehmen will. Er braucht in dieser Hinsicht nicht auf das Interesse des Käufers Bedacht zu nehmen,[5]) denn dieser kann ja jeden ihm aus der Verzögerung drohenden Schaden einfach durch nachträgliche Annahme der Ware abwenden.[6]) Alsdann erlischt zugleich mit dem Annahmeverzug die Befugnis des Verkäufers, durch Selbsthülfeverkauf zu erfüllen. Hingegen geht der Verkäufer dieser Be-

---

[1]) Bolze, Bd. 2, S. 250, Nr. 1008.

[2]) R. O. H. G. Bd. 13, S. 59.

[3]) J. W 1901, S. 654, Nr. 14.

[4]) Staub II. S. 1266, Anm. 31; Düringer-Hachenburg III. S. 217; abweichend Makower I. S. 1087, Anm. XV a, 4.

[5]) R. O. H. G. Bd. 21, S. 159.

[6]) R. O. H G. Bd. 9, S. 84, 118; R. G. Bd. 41, S. 64.

fugnis weder dadurch verlustig, daß er die Ware zunächst hinterlegt, noch dadurch, daß er auf Abnahme klagt,[1]) nicht einmal dann, wenn er bereits ein Urteil auf Abnahme erlangt hat.[2]) Endlich kann er auch einen formwidrigen Selbsthülfeverkauf wiederholen, vorausgesetzt, daß er noch leistungsbereit ist.[3])

Eine sofortige Vornahme des Selbsthülfeverkaufs wird in der Regel nur erforderlich sein, wenn der zugrunde liegende Kauf ein Fixgeschäft war, weil hierbei die Zeitbestimmung ein so wesentlicher Faktor des Vertrags ist, daß ein zu einer ganz anderen Zeit vorgenommenes Geschäft mit ihm nicht mehr identisch wäre.[4]) Aber auch sonst ist der Verkäufer in der Wahl des Zeitpunktes für den Selbsthülfeverkauf insofern beschränkt, als er dabei den Käufer nicht absichtlich schädigen darf, sei es nun, daß er sich eine besonders ungünstige Marktlage aussucht,[5]) oder den Verkauf ungewöhnlich lange hinausschiebt.[6]) Im letzteren Falle kann der Käufer sogar unter Umständen annehmen, daß der Verkäufer auf seine Rechte aus dem Kaufvertrage überhaupt verzichtet habe.[7])

Insbesondere ist es unzulässig, einen durch die Beschaffenheit der Ware gebotenen schleunigen Verkauf nach erfolgter Androhung grundlos zu verzögern.[8]) Indes wird es auch für die Beurteilung solcher Fälle wesentlich sein, vorher festzustellen, ob es nicht in der Macht des Käufers gelegen hätte, durch rechtzeitiges Eingreifen den drohenden Schaden zu verhüten.[9])

---

[1]) R. O. H. G. Bd. 23, S. 190.
[2]) Bolze, Bd. 10, S. 241, Nr. 468.
[3]) R. G. Bd. 32, S. 63.
[4]) Düringer-Hachenburg III. S. 217; unbestimmt R. G. Bd. 41, S. 65.
[5]) R. O. H. G. Bd. 21, S. 159.
[6]) R. G. Bd. 32, S. 64.
[7]) R. O. H. G. Bd. 23, S. 84.
[8]) R. G. Bd. 36, S. 87, 90.
[9]) Makower I. S. 1088, Anm. XV a. 4.

III. Teil.

Die Wirkungen der Ausübung der Sonderrechte.

A.

Die Wirkungen der Hinterlegung.

§ 17.

1. Das Rechtsverhältnis des Verkäufers und des Käufers zum Verwahrer.

Der Zweck der Hinterlegung besteht in der Befreiung des Verkäufers von seinen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage und wird dadurch erreicht, daß an Stelle des Verkäufers nunmehr der Verwahrer den Kaufgegenstand zur Verfügnng des säumigen Käufers hält. Hierzu ist erforderlich, daß der Verkäufer die Ware dem Verwahrer übergibt und dieser sie aufbewahrt.

Es kommt demnach zwischen beiden ein Rechtsgeschäft zu stande, daß sich darstellt als ein Verwahrungsvertrag. Der Inhalt dieses Vertrags richtet sich in erster Linie nach den Parteivereinbarungen und muß vor allen Dingen ersichtlich machen, daß der Verkäufer nicht für sich hinterlegt, sondern für den säumigen Käufer, der dadurch befriedigt werden soll. Diese vom gewöhnlichen Verwahrungsvertrage abweichende, aus dem Zweck der Hinterlegung sich ergebende Klausel ändert aber nichts an der Tatsache, daß der Verkäufer den Vertrag im eigenen Namen abschließt. Im übrigen kommen mangels entgegenstehender Abrede die Vorschriften über Verwahrung[1]) zur Anwendung und, falls der Verwahrer Vollkaufmann ist und gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt, außerdem ergänzend die Bestimmungen über das Lagergeschäft.[2]) Endlich

[1]) B. G. B. §§ 688—699.
[2]) H. G. B. §§ 416—424.

aber sind, soweit sich nicht aus § 373 H. G. B. Abweichungen ergeben, die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Hinterlegung maßgebend.[1]) Die gegenteilige Ansicht setzt sich willkürlich über die Bestimmung des Art. 2 E. H. G. B. hinweg.

Durch die Vereinbarung, daß der Verwahrer die hinterlegte Ware unmittelbar an den säumigen Käufer aushändigen solle, wird der Hinterlegungsvertrag zu einem Vertrag auf Leistung an einen Dritten.[2]) Denn es wird hier durch Vertrag eine Leistung an einen Dritten bedungen, mit der Wirkung, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern.

Diesem Recht des Käufers auf die hinterlegte Ware steht indes das aus dem Verwahrungsvertrag entspringende Recht des Verkäufers, die hinterlegte Ware zurückzufordern, entgegen.[3]) Da die Hinterlegung vorwiegend im Interesse des Verkäufers erfolgt, so ist dessen Recht das stärkere und vermag dasjenige des Käufers aufzuheben.[4]) Deshalb kann man das Recht des Käufers auf die hinterlegte Ware erst dann als ein ausschließliches und unwiderrufliches bezeichnen, wenn der Rückerstattungsanspruch des Verkäufers erloschen ist. Das geschieht dadurch, daß entweder der Verkäufer selbst dem Verwahrer gegenüber auf das Rückforderungsrecht verzichtet, oder daß der Käufer dem Verwahrer erklärt, er wolle sein Recht zum Empfang der hinterlegten Ware ausüben, oder endlich, daß dem Verwahrer ein zwischen dem Käufer und dem Verkäufer ergangenes rechtskräftiges Urteil vorgelegt wird, das die Hinterlegung für rechtsmäßig erklärt.[5])

Da aber das Recht des Käufers zum Empfang der hinterlegten Ware sich lediglich auf den Hinterlegungsvertrag gründet, so kann der Käufer es nur nach Maßgabe der darin getroffenen Bestimmungen ausüben. War insbesondere in dem zugrunde liegenden Kaufvertrag Leistung Zug um Zug oder gar Vorauszahlung des Kaufpreises vereinbart, dann wird der Hinterlegungsvertrag regelmäßig die Klausel enthalten, daß das Recht des

---

[1]) B. G. B. §§ 372—382; Düringer-Hachenburg III. S. 24, Anm. IVc; dagegen Lehmann-Ring II. S. 102, Nr. 15.

[2]) B. G. B. § 328, Abs. 1; Müller, S. 471.

[3]) B. G. B. § 695 (auch auf Lagergeschäft anwendbar, vgl. Denkschrift S. 253); B. G. B. § 376.

[4]) B. G. B. § 328, Abs. 2.

[5]) B. G. B. § 376, Abs. 2.

Käufers zum Empfang der hinterlegten Ware von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig sein soll.[1]) Gleichfalls aus dem Hinterlegungsvertrag entspringt das Klagrecht, das dem Käufer dann gegen den Verwahrer zusteht, wenn dieser die Herausgabe der hinterlegten Ware grundlos verweigert. Andererseits darf der Verwahrer den Hinterlegungsgegenstand niemals entgegen den Bestimmungen des mit dem Verkäufer abgeschlossenen Vertrages an den Käufer herausgeben, sonst würde er sich dem Verkäufer haftbar machen.[2])

§ 18.

2. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Käufer und dem Verkäufer.

Die Hinterlegung erfolgt zur Befreiung des Verkäufers. Solange indes die hinterlegte Ware dem Zugriff des Käufers durch Rücknahme entzogen werden kann, läßt sich schlechterdings das Recht des Käufers auf die hinterlegte Ware der wirklichen Leistung des Verkäufers nicht gleichstellen. Deshalb bestimmt auch das Gesetz ausdrücklich, daß in diesem Falle die Rechte des Käufers aus dem zugrunde liegenden Kaufvertrage nicht erlöschen, sondern nur mit der aufschiebenden Einrede der Hinterlegung entkräftet werden können.[3]) Nimmt der Verkäufer die hinterlegte Ware zurück, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt.[4])

Will der Verkäufer von seinen vertraglichen Pflichten befreit sein, so muß er auf das Recht zur Rücknahme verzichten. Dann wird er vom Gesetz so angesehen, als ob er zur Zeit der Hinterlegung an den Käufer geleistet hätte.[5]) Daraus folgt einmal, daß, wenn der Verkäufer unter Rücknahmeverzicht hinterlegt, er sofort frei wird, und weiterhin, daß, wenn er erst später verzichtet, die Befreiung auf die Zeit der Hinterlegung zurückbezogen wird.[6]) Dem Verzicht steht es übrigens gleich, wenn einer der beiden anderen, im vorigen Paragraphen erwähnten Fälle eintritt, durch welche der Rückerstattungsanspruch des Verkäufers ausgeschlossen wird.

---

[1]) B. G. B. § 373.
[2]) Müller, S. 478.
[3]) B. G. B. § 379, Abs. 1.
[4]) B. G. B. § 379, Abs. 3.
[5]) B. G. B. § 378.
[6]) Vgl. auch B. G. B. § 375.

Obgleich die unwiderrufliche Hinterlegung als Erfüllung erachtet wird, so löst dennoch der Umstand, daß der Käufer die Leistung durch die Hinterlegung tatsächlich noch nicht erhalten hat, eine weitere Verpflichtung des Verkäufers für den Fall aus, daß zum Nachweise der Empfangsberechtigung des Käufers gegenüber dem Verwahrer eine diese Berechtigung anerkennende Erklärung des Verkäufers erforderlich oder genügend ist. Alsdann ist nämlich der Verkäufer gehalten, eine derartige Erklärung unter denselben Voraussetzungen abzugeben, unter denen er zur Leistung verpflichtet sein würde, wenn er nicht hinterlegt hätte.[1])

Weiterhin ändert sich schon durch die Hinterlegung das Rechtsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer insofern, als dieser von da ab die Gefahr trägt.[2]) Diese Vorschrift erscheint auf den ersten Blick überflüssig, denn bereits mit Eintritt des Annahmeverzugs beschränkt sich die Vertretungspflicht des Verkäufers — mit Ausnahme der bei der Wahl der Hinterlegungsstelle zu beobachtenden Sorgfalt — auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.[3]) Daraus folgt, daß der Käufer regelmäßig schon von diesem Zeitpunkte an für die zufällige Verschlechterung und den zufälligen Untergang der Ware einzustehen hat. Der Annahmeverzug wird in dieser Hinsicht der Übergabe der Ware an den Käufer gleich erachtet.[4]) Noch zeitiger, nämlich mit der Aufgabe der Ware zum Transport, geht die Gefahr beim Distanzkauf über.[5])

Die Vorschrift, daß der Käufer vom Beginn des Annahmeverzugs an die Gefahr trägt, gilt sowohl für den Stückkauf wie für den Gattungskauf, für den letzteren indes nur dann, wenn der Käufer die ihm angebotene Ware nicht annimmt.[6]) Gerät dagegen der Gattungskäufer ohne vorheriges Angebot in Verzug,[7]) so tritt der Gefahrübergang erst später ein, und in solchen Fällen ist es denkbar, daß sich der Verkäufer erst durch die Hinterlegung der Bürde der Gefahrtragung entledigt.

Zur Veranschaulichung soll ein Beispiel dienen: A hat am 1. April 1905 vom Weinhändler B 100 Liter 1893er Niersteiner,

[1]) B. G. B. § 380.
[2]) H. G. B. § 373, Abs. 1.
[3]) B. G. B. § 300, Abs. 1.
[4]) B. G. B. §§ 324, Abs. 2; 446, Abs. 1.
[5]) B. G. B. § 447, Abs. 1.
[6]) B. G. B. § 300, Abs. 2.
[7]) B. G. B. § 296.

lieferbar am 1. Juli 1905, gekauft und dabei verabredet, er werde am 15. Juni in B's Keller das Faß bezeichnen, aus dem der Wein genommen werden solle. Er stellt sich indes am festgesetzten Tage nicht zur Weinprobe ein und gerät dadurch ohne weiteres in Annahmeverzug, denn dies offert pro homine. Nunmehr zieht B ohne A's Mitwirkung, aber unter Berücksichtigung von dessen ihm bekannten Geschmacksrichtung, das gekaufte Quantum ab und hinterlegt es, ohne es dem A anzubieten, wozu er ja auch nicht verpflichtet ist. Alsdann trägt B bis zur Hinterlegung die Gefahr und wird erst frei mit dem Eintreffen des Weines bei der Hinterlegungsstelle.

Schließlich schreibt das Gesetz noch vor, daß die Hinterlegung auf Kosten des säumigen Käufers zu erfolgen hat. Da aber der Verkäufer den Hinterlegungsvertrag mit dem Verwahrer nur in eigenem Namen, nicht etwa im Namen des Käufers abschließen darf,[1]) so kann sich der Verwahrer wegen seiner Ansprüche nur an den Verkäufer halten, während ihm unmittelbar gegen den Käufer kein Klagrecht, sondern lediglich ein Zurückbehaltungsrecht zusteht.[2]) Der Verkäufer wird also regelmäßig die Kosten der Hinterlegung zunächst bezahlen und dann vom Käufer zurückfordern müssen.

Schon aus der Tatsache, daß der Käufer die Kosten der Hinterlegung zu tragen hat, folgt, daß er vom Verkäufer eine Anzeige von der stattgefundenen Hinterlegung verlangen kann. Ganz abgesehen davon wird aber eine solche Benachrichtigung im B. G. B. ausdrücklich vorgeschrieben[3]) und muß deshalb mangels einer gegenteiligen Bestimmung auch nach der handelsrechtlichen Hinterlegung erfolgen.[4]) Die herrschende Meinung lehnt allerdings — m. E. zu Unrecht — die Anwendung der bürgerlichrechtlichen Vorschrift auf die handelsrechtliche Hinterlegung ab. Dieser Standpunkt läßt sich höchstens aus dem Umstande erklären, daß das H. G. B. beim Selbsthülfeverkauf trotz einer gleichlautenden Bestimmung im B. G. B.[5]) die nachträgliche Anzeige an den

[1]) Staub II. S. 1263, Anm. 22.

[2]) B. G. B. § 273, Abs. 2.

[3]) B. G. B. § 374, Abs. 2.

[4]) Düringer-Hachenburg III, S. 214, Anm. IVe; dagegen Staub II. S. 1263, Anm. 23; Lehmann-Ring II. S. 102, Nr. 15; Makower I. S. 1082, Anm. XIII.

[5]) B. G. B. § 384, Abs. 2.

Käufer nochmals ausdrücklich vorschreibt,[1]) während es ihrer bei der Hinterlegung keinerlei Erwähnung tut. Man darf indes nicht außer acht lassen, daß die Hinterlegung im H. G. B. überhaupt nur hinsichtlich der Hinterlegungsstelle und des Umfangs der Befugnis eine besondere Regelung erfährt, im übrigen aber, wie bereits früher betont worden ist, auf den Bestimmungen des B. G. B. fußt. Aus diesem Grunde wird man auch nicht willkürlich von dem Erfordernis der nachträglichen Anzeige absehen dürfen.

Die Benachrichtigung muß unverzüglich erfolgen und darf nur unterbleiben, wenn sie untunlich ist. „Unverzüglich" ist nicht soviel wie „sofort", sondern bedeutet „ohne schuldhaftes Zögern".[2]) Schuldhaft ist das Zögern, wenn es absichtlich oder fahrlässig geschieht.[3]) Die ungerechtfertigte Verzögerung oder Unterlassung der Anzeige macht indes die Hinterlegung nicht unwirksam, sondern verpflichtet den Verkäufer nur zum Ersatz des dadurch dem Käufer erwachsenen Schadens.

Nach dem Gesagten ist es nicht ausgeschlossen, daß, wenn die Benachrichtigung als untunlich unterblieben ist, der Käufer von der Hinterlegung überhaupt nichts erfährt, diese aber trotzdem für und gegen sich gelten lassen muß.

Das Recht des Käufers *auf* die hinterlegte Ware kann demnach nicht nur ohne dessen Willen, sondern sogar ohne dessen Wissen zur Entstehung gelangen.[4]) Dagegen ist zur Erwerbung des Rechts *an* der Ware, wie im folgenden Paragraphen näher auszuführen sein wird, eine Annahmeerklärung des Käufers erforderlich. Nur mit Bezug auf diese dingliche Übertragungswirkung läßt sich die Hinterlegung als „Erfüllungsangebot"[5]) oder als „Traditionsofferte"[6]) bezeichnen.

§ 19.

3. Die dinglichen Wirkungen der Hinterlegung.

Solange die Ware hinterlegt ist, verbleibt sie im Eigentume des Verkäufers. Der Verwahrer, der auf Grund des Hinter-

---

[1]) H. G. B. § 373, Abs. 5.
[2]) B. G. B. § 121.
[3]) Planck I. S. 171, § 121, Anm. 1.
[4]) Müller, S. 476.
[5]) Endemann I. S. 639.
[6]) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17, S. 312 ff.; derselbe, 12 Studien I. S. 169 ff.

legungsvertrags dem Verkäufer gegenüber auf Zeit zum Besitz verpflichtet ist, wird dadurch nur unmittelbarer Besitzer, während der Verkäufer daneben den mittelbaren Besitz behält.[1])

Der Käufer erwirbt das Eigentum an der Ware erst dann, wenn er sie vom Verwahrer in Erfüllung des Hinterlegungsvertrags ausgehändigt erhält.[2]) Zum Eigentumsübergang ist zweierlei erforderlich: einmal die Übergabe der Ware seitens des Verkäufers als Eigentümers an den Käufer als Erwerber, und zweitens die Einigung beider darüber, daß das Eigentum übergehen soll.[3])

Was zunächst das erste Erfordernis, die Übergabe der Ware an den Käufer, anbelangt, so erscheint dies insofern nicht erfüllt, als nicht der Verkäufer selbst, sondern ein Dritter, nämlich der Verwahrer, die Ware übergibt. Da der Verwahrer sich im unmittelbaren Besitz der Ware befindet, so könnte man glauben, die Übergabe lasse sich hier dadurch ersetzen, daß der Verkäufer dem Käufer seinen Anspruch gegen den Verwahrer auf Herausgabe der Ware abtritt.[4]) Indes läßt sich die im Hinterlegungsvertrag enthaltene Gewährung eines unmittelbaren Forderungsrechtes an den Käufer schlechterdings nicht als „Abtretung" bezeichnen. Vielmehr wird auch im vorliegenden Falle die Ware tatsächlich vom Eigentümer dem Erwerber übergeben, nur daß an Stelle des Verkäufers der von diesem hierzu ermächtigte Verwahrer handelt.

Die Einigung über den Eigentumsübergang kommt zu stande durch die Erklärung des Verkäufers, daß er das Eigentum übertrage, und die des Käufers, daß er das Eigentum erwerben wolle. Während die Erklärung des Verkäufers, wenn nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend, in der Hinterlegung enthalten ist, bedarf es auf Seiten des Käufers einer Kundgebung seines Willens, das Eigentum zu erwerben. Eine solche ist nur darin zu erblicken, daß der Käufer dem Verwahrer die Annahme erklärt, dagegen genügt die Tatsache, daß die Hinterlegung unwiderruflich geworden ist, an sich nicht. Denn ohne sein Wissen und Wollen kann der Käufer zwar, wie wir früher gesehen haben, das Recht auf die hinterlegte Ware, nicht aber das Eigentum daran erwerben.[5])

---

[1]) B. G. B. § 868.
[2]) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17, S. 313; Müller, S. 517.
[3]) B. G. B. § 929, Abs. 1, Satz 1.
[4]) B. G. B. § 931.
[5]) Rosenberg, S. 238.

B.

§ 20.

Die Wirkungen des Selbsthülfeverkaufs.

Der Selbsthülfeverkauf ist ein Recht des Verkäufers, das dieser selbst gegen den Willen des säumigen Käufers ausüben darf, wenn er auch dessen Interessen dabei wahren muß. Der Zweck, den der Verkäufer mit dem Selbsthülfeverkauf verfolgt, ist ein durchaus eigennütziger, nämlich die Erfüllung seiner vertragsmäßig übernommenen Pflichten. Er handelt also im eigenen Namen, wenn er den Auftrag zur öffentlichen Versteigerung oder zum freihändigen Verkauf der Ware erteilt, und nicht etwa als Geschäftsführer ohne Auftrag für den säumigen Käufer.[1]) Daraus folgt, daß nur der Verkäufer dem neuen Käufer gegenüber berechtigt und verpflichtet wird. Insbesondere muß der Verkäufer dem neuen Käufer die Ware frei von Rechten verschaffen, die von Dritten gegen den neuen Käufer geltend gemacht werden können.[2]) Andererseits hat er allein den Anspruch auf Auszahlung des erzielten Erlöses.

Die Parteien bei dem den Selbsthülfeverkauf bildenden Veräußerungsgeschäft sind demnach der Verkäufer und der neue Käufer. Dagegen ist der säumige Käufer unmittelbar gar nicht dabei beteiligt. Wenn er trotzdem das größte Interesse an dem Ergebnis hat, so kommt das daher, daß der Selbsthülfeverkauf auf seine Rechnung geht.[3])

In diesem Punkte tritt der handelsrechtliche Selbsthülfeverkauf, so weit seine Wirkung auf das ursprüngliche Schuldverhältnis in Frage kommt, in Gegensatz zu dem des bürgerlichen Rechts. Aus der eben erwähnten Bestimmung des H. G. B. folgt nämlich, daß der Verkäufer nach geschehenem Selbsthülfeverkauf dem Käufer nicht mehr die vertragsmäßige Ware, sondern nur noch den bei der Versteigerung oder dem freihändigen Verkauf erzielten Erlös schuldet. Eine derartige Umwandlung des Schuld-

[1]) B. G. B. § 677; irrig Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17, S. 377 f.
[2]) B. G. B. § 434.
[3]) H. G. B. § 373, Abs. 3.

verhältnisses tritt nach dem Selbsthülfeverkauf des bürgerlichen Rechts nicht ohne weiteres ein, sondern wird hier erst dadurch erreicht, daß der Verkäufer den Erlös hinterlegt.[1])

Der Selbsthülfeverkauf nach § 373 H. G. B. ändert demnach das ursprüngliche Rechtsverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer selbständig dahin, daß der Käufer seinen Anspruch auf die Ware verliert und statt dessen den Anspruch auf den Erlös aus dem Selbsthülfeverkauf erwirbt. Dagegen bleibt die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des ursprünglich vereinbarten Kaufpreises bestehen.

Je nachdem der aus dem Selbsthülfeverkauf erzielte Erlös den ursprünglichen Kaufpreis übersteigt oder nicht erreicht, trifft den säumigen Käufer Gewinn oder Verlust. Der erste Fall wird kaum jemals eintreten, regelmäßig bleibt der Erlös hinter dem ursprünglichen Kaufpreis zurück und vermindert sich weiter noch um die Kosten des Verfahrens. Meistens wird also durch den Selbsthülfeverkauf eine wirtschaftliche Schädigung des säumigen Käufers herbeigeführt. Da dieser indes den Selbsthülfeverkauf nur dann gegen sich gelten zu lassen braucht, wenn dabei allen gesetzlichen Erfordernissen genügt ist, so kann er, zumal infolge des Selbsthülfeverkaufs seine Beziehungen zum Verkäufer in der Regel ziemlich gespannte geworden sind, diesen zwingen, zunächst den Nachweis der Einhaltung sämtlicher Vorschriften zu führen. Andererseits muß sich der säumige Käufer auch einem nicht in den Formen des § 373 H. G. B. vorgenommenen Selbsthülfeverkauf unterwerfen, falls er eine entsprechende Abweichung mit dem Verkäufer vereinbart hatte. Denn die Vorschriften des § 373 H. G. B. sind sämtlich nicht zwingenden Rechts, sondern können durch den übereinstimmenden Willen der Parteien geändert oder ausgeschlossen werden.[2])

Um den säumigen Käufer darüber Gewißheit zu verschaffen, daß der Verkäufer sich anderweit seiner vertragsmäßigen Verpflichtungen entledigt hat, schreibt das Gesetz vor, daß der Verkäufer dem Käufer von dem vollzogenen Verkauf — mag er nun im Wege der öffentlichen Versteigerung oder aus freier Hand vorgenommen worden sein — unverzüglich Nachricht zu geben

---

[1]) B. G. B. § 383, Abs. 1.

[2]) Düringer-Hachenburg III. S. 221, Anm. VI e.

hat.[1]) Aus dieser Anzeige ersieht der säumige Käufer, daß er nicht mehr auf die vereinbarte Leistung des Verkäufers rechnen kann; falls er der Ware notwendig bedarf, so wird er nunmehr Anstalten treffen, sie sich von anderer Seite zu verschaffen. In ihrem Wesen entspricht diese Benachrichtigung vollständig derjenigen, welche nach geschehener Hinterlegung zu erfolgen hat: hier wie dort ist sie nicht empfangsbedürftig und kann unterbleiben, wenn sie untunlich ist, hier wie dort hat ihre schuldhafte Verzögerung oder Unterlassung trotz Tunlichkeit nicht die Unwirksamkeit des Selbsthülfeverkaufs zur Folge, sondern verpflichtet nur den Verkäufer zum Ersatze des dem Käufer daraus erwachsenen Schadens.

Dadurch, daß der wirtschaftliche Erfolg des Selbsthülfeverkaufs den säumigen Käufer trifft,[2]) wird rechtlich dieselbe Sachlage geschaffen, als wenn der Käufer nicht in Verzug geraten wäre, sondern die Leistung des Verkäufers erhalten und diese nunmehr seinerseits für den beim Selbsthülfeverkauf erzielten Erlös veräußert hätte.[3]) Allerdings besteht zwischen beiden Fällen der Unterschied, daß nach dem Selbsthülfeverkauf der dem Käufer zustehende Erlös sich noch in den Händen des Verkäufers befindet. Insofern bleibt dieser dem Käufer aus dem Kaufvertrag verpflichtet, denn die Schuld des Verkäufers ist, wie wir oben gesehen haben, durch die Vornahme des Selbsthülfeverkaufs nicht völlig erloschen, sondern nur in die Pflicht zur Auszahlung des dabei erzielten Erlöses an den Käufer verwandelt worden. Dieser Pflicht braucht indes der Verkäufer dann nicht zu genügen, wenn der Käufer seinerseits im Verzug mit der Zahlung des Kaufpreises ist, oder wenn die Verhältnisse des Käufers sich nach dem Kaufabschlusse wesentlich verschlechtert haben und er den Kaufpreis noch schuldig ist. In dem ersten Ausnahmefall kann nämlich der Verkäufer dem Käufer erklären, daß er die beiderseitigen Forderungen gegen einander aufrechne,[4]) in dem zweiten Fall kann er den Erlös als Sicherheit zurückbehalten.[5])

---

[1]) H. G. B. § 373, Abs. 5.

[2]) Lehmann-Ring II. S. 106, Nr. 31.

[3]) Sohm, S. 137.

[4]) B. G. B. §§ 387, 388.

[5]) B. G. B. § 321.

Ganz abgesehen davon, ob der Kaufpreis bereits fällig ist oder nicht, ist der Verkäufer verpflichtet, dem säumigen Käufer Rechnung zu legen. Die Posten der Sollseite bilden außer der fälligen Kaufpreisforderung die Kosten des Verfahrens, sonstige durch den Annahmeverzug des Käufers verursachte Auslagen und, falls der Verkäufer Kaufmann ist, die Provision für die Vornahme des Selbsthülfeverkaufs[1]) und etwaiges Lagergeld.[2])

Erreicht der Reinerlös nicht die Höhe des ursprünglichen Kaufpreises, so bleibt der Käufer hinsichtlich dieses Ausfalls als Schuldner aus dem Kaufvertrag verhaftet und kann deswegen auf Erfüllung verklagt werden.[3]) Aber auch wenn der beim Selbsthülfeverkauf gebotene Preis nicht bar bezahlt worden ist und sich hinterher die Zahlungsunfähigkeit des neuen Käufers herausstellt, geht der hierdurch entstehende Verlust zu Lasten des säumigen Käufers, ausgenommen, wenn die Stundungsgewährung oder die Versäumung rechtzeitiger Beitreibung auf grober Fahrlässigkeit des Verkäufers beruhen.[4])

Den Reinerlös, den der Verkäufer nicht aus einem der angeführten Gründe zurückbehalten darf, muß er dem säumigen Käufer ordnungsmäßig anbieten. Erst wenn dieser die Annahme des Geldes verweigert und dadurch auch hinsichtlich seines Anspruchs auf den Erlös in Verzug gerät, steht dem Verkäufer das Recht zu, den Erlös zu hinterlegen.[5])

---

[1]) Staub II. S. 1268, Anm. 39.

[2]) H. G. B. § 354.

[3]) R. O. H. G. Bd. 9, S. 118; R. G. Bd. 33, S. 98; Bd. 41, S. 64.

[4]) Makower I. S. 1088, Anm. XV. a. 5.

[5]) Vgl. B. G. B. § 383, Abs. 1; Lehmann-Ring II. S. 106, Nr. 31; Sohm, S. 138.